

J.rom.m.173op

<36642178440019



<36642178440019

Bayer. Staatsbibliothek

J. nam. m. 143 op

Die
stillschweigende Willenserklärung.

Von

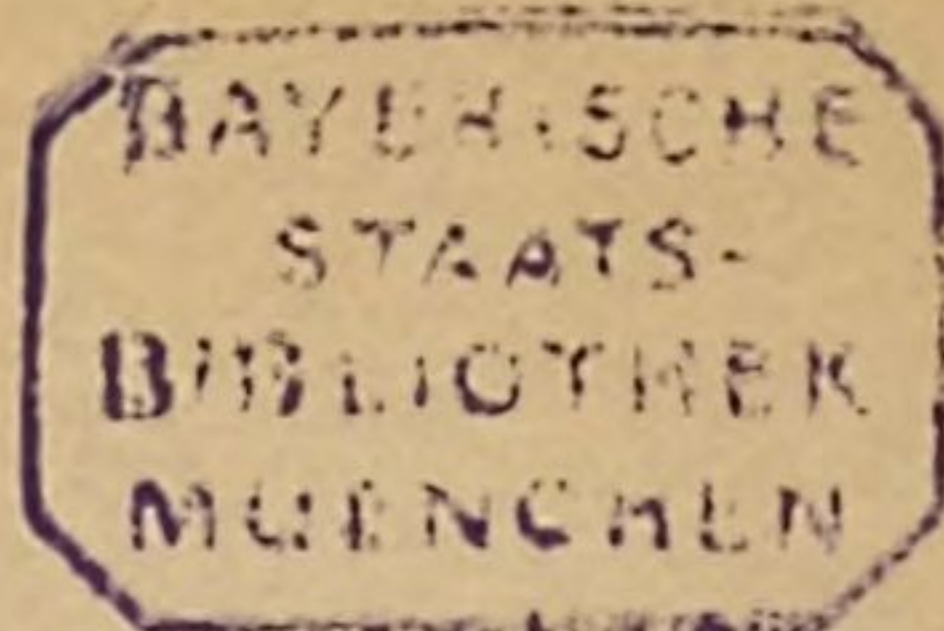
Dr. E. Ehrlich.



BERLIN.

Carl Heymanns Verlag.

1893.



Carl Heymanns Verlag, Berlin W.

Rechts- und Staatswissenschaftlicher Verlag.

LEHRBUCH
des
Wechselrechts.

Von

Dr. R. Freiherr von Canstein,

ord. Professor der Rechte an der Carl-Franzens-Universität in Graz.

Preis M. 12, bei postfreier Zusendung M. 12,30,
gebunden M. 14, bei postfreier Zusendung M. 14,50.

LEHRBUCH
des
Oesterreichischen Civilprozessrechtes.

Unter steter Berücksichtigung
der Rechtssprechung des obersten Gerichtshofes
als Handbuch für die Praxis

bearbeitet von

Dr. R. Freiherr von Canstein,

ord. Professor der Rechte an der Carl-Franzens-Universität in Graz.

Erster Band.

Zweite veränderte Auflage.

Preis M. 12, geb. M. 14, bei postfreier Zusendung je M. 0,30 mehr.

Zur Dogmengeschichte und Dogmatik
der
Freigegebung fremder Sachen
im Zwangsvollstreckungsverfahren.

Von

Dr. E. von Schrutka-Rechtenstamm,

ord. Professor der Rechte an der K. K. Universität in Wien.

— Dogmengeschichtlicher Theil. —

Preis M. 4, bei postfreier Zusendung M. 4,20.

— Dogmatischer Theil. —

Preis M. 4, bei postfreier Zusendung M. 4,20.

Die
stillschweigende Willenserklärung.

Von
Dr. E. Ehrlich.



BERLIN.
Carl Heymanns Verlag.
1893.



Dem Andenken meines Vaters

gewidmet.

Vorrede.

Als ich mich vor etwa sechs Jahren veranlasst sah, dem Vertragsproblem, und insbesondere dem Problem der „stillschweigenden Willenserklärung“ näher zu treten, war ich mir im Vorhinein darüber im Klaren, dass es keineswegs eine genaue Begriffsbestimmung der letzteren ist, woran es der Wissenschaft fehlt. War doch die begriffliche Analyse stets der Ausgangspunkt aller Untersuchungen über die „stillschweigende Willenserklärung“. Es schien mir vielmehr der Mühe werth zu sein, einmal den umgekehrten Weg einzuschlagen, nicht den Begriff selbst, sondern die konkreten Fälle zu untersuchen, in denen mit dem Begriffe der „stillschweigenden Willenserklärung“ operirt wurde, die Beantwortung der Frage zu versuchen: welche Rolle spielt die „stillschweigende Willenserklärung“ im Rechtsleben?

Es sollte daher ein Bild dessen gegeben werden, was sich thatsächlich im Rechtsleben abspielt. Die Lösung dieser Aufgabe setzte aber nicht nur eine selbständige Durchforschung des Quellenmaterials, sondern auch ein eingehendes Studium der modernen Gesetzgebung, der modernen Rechtssprechung und der Literatur voraus. Ich unterzog mich dieser Aufgabe, musste mich aber hiebei, aus Gründen, die zumeist persönlicher Natur waren, auf die Verarbeitung des gemeinen, preussischen, französischen und österreichischen Rechts, beschränken. Immerhin liegen der Schrift die vier wichtigsten privatrechtlichen Kodifikationen des Kontinents (das Corpus iuris, das Preussische Landrecht, der Code Napoléon und das österreichische bürgerliche Gesetzbuch), mehr als 600 Bände deutscher, österreichischer und französischer Spruchsammlungen zu Grunde, und es

sind auch die Ergebnisse der gemeinrechtlichen und, wenn auch in geringem Masse, die der österreichischen, preussischen und französischen Literatur verwerthet. Die so reichhaltige sächsische Rechtsprechung ist in grösserem Umfange berücksichtigt, nicht aber die sächsische Gesetzgebung und Literatur. Das gemeine Recht mit Enischluss des Handelsrechts bildet aber überall den Ausgangspunkt und den eigentlichen Gegenstand der Darstellung.

Ich verhehle es mir keineswegs, dass an der Schrift so manches bedenklich erscheinen dürfte. Namentlich wird wohl die Art, gerichtliche Urtheile zu zitiren, als ob sie Gesetzestext wären, nicht minder Anstoss erregen, wie die unvermittelte Nebeneinanderstellung von Judikaten, die unter der Herrschaft verschiedener Rechtssysteme erflossen sind. Ein näheres Eingehen auf methodologische Fragen muss ich mir selbstverständlich an dieser Stelle versagen; ich erlaube mir daher nur darauf hinzuweisen, dass ich vor mehreren Jahren in einer in den Wiener „Juristischen Blättern“ erschienenen Artikelserie: Ueber Lücken im Rechte meinen methodologischen Standpunkt ausführlich zu begründen versuchte¹⁾ — so wenig mich auch diese Darstellung heute zu befriedigen vermag. Hier will ich nur betonen, dass ich nicht Dogmatik oder Dogmengeschichte, sondern eine Darstellung und Kritik des wirklich als Recht Geübten geben, nicht dem Leben das Seinsollende vorzeichnen, sondern das Seiende beschreiben wollte. Man wird doch immerhin zugeben können, dass eine streng induktive, kritische Morphologie der rechtlich relevanten Erscheinungen des Lebens auch zu den Aufgaben der Wissenschaft gehört.

Der über Gebühr angewachsene Umfang der Schrift, so wie persönliche Erwägungen veranlassten mich eine Reihe von Materien grundsätzlich auszuschliessen. So vor allem Erörterungen de lege ferenda, ja sogar die so verlockende Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, die erbrechtlichen Willenserklärungen, — von denen die wichtigste, die pro herede gestio ein rudimentäres Institut ist, das in den Uranfängen der Rechtsentwicklung wurzelnd, ohne tief einsetzende historische Studien unverständlich bleiben dürfte — endlich die „stillschweigende Ermächtigung“, deren Darstellung, wie ich mich nach Verarbeitung eines

¹⁾ Juristische Blätter ex 1888, S. 447 ff.

umfangreichen Materials überzeugte, nicht in eine Schrift gehört, welche sich mit den Wirkungen der Verträge *inter partes* befasst.

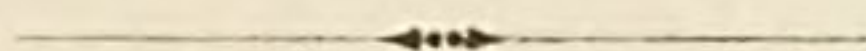
Die vielen wörtlichen Zitate in der Schrift haben den Zweck, dem Leser das Nachschlagen der angeführten Stellen zu ersparen, nicht aber, es ihm zu ersetzen. Ich halte es allerdings für eine billige Rücksicht auf die Bequemlichkeit des Lesers, ihm eine Stelle, die zum Verständniss der Darstellung nothwendig oder sonst von Bedeutung ist, wörtlich anzuführen und nicht ihn auf das Werk zu verweisen, in dem sie enthalten ist, aber es war nicht mein Zweck demjenigen, der selbst Studien macht, ein Quellenwerk zu bieten. Ich habe daher an Zitaten aus Entscheidungen in deutscher Sprache nicht selten kleine Aenderungen vorgenommen, die dadurch nothwendig wurden, dass ich die Entscheidungen nicht in extenso, sondern im Exzerpt angeführt habe. Auch die Eigennamen der Parteien habe ich hie und da durch „Kläger“ und „Beklagter“ ersetzt. In dieser Beziehung folge ich dem bewährten Beispiele des Seuffert-schen Archivs. Selbstverständlich wird aber die Haltung der Entscheidung selbst auch nicht nur im Geringsten geändert.

Vielleicht wird mir ein bescheidener Appell an die Kritik nicht übel gedeutet werden. An einer interessanten Stelle der Vorrede zu seinem System setzt Unger die grosse Bedeutung des allgemeinen Theils des Privatrechtssystems auseinander, ohne den „jede Behandlung des Privatrechts eine unsichere, schwankende Arbeit im Dilettantenstyl bleibe, deren Verfasser allen möglichen subjektiven und willkürlichen Abirrungen preisgegeben ist“. Die Wahrheit dieser Bemerkung reicht weit über das Rechtsgebiet hinaus. Wo immer man sich hinbegiebt, leistet man „unsichere, schwankende Arbeit im Dilettantenstil“, solange man sich nicht einen soliden allgemeinen Theil schafft; und zwei Männer, die eine wissenschaftliche Frage erörtern, werden sich kaum je verständigen, solange sie sich nicht über die Grundlage ihres Denkens auseinandersetzen. Wenn ich es auch im Grossen und Ganzen unterlassen zu müssen glaubte, hier auf die methodologischen Grundlagen der vorliegenden Schrift näher einzugehen, so will ich doch einen Punkt hervorheben, den ich für sehr wichtig halte, obwohl er ein Nebenpunkt ist: Ich bin überall davon ausgegangen, dass die Annahme eines rechtsgeschäftlichen Willens, wenn dieser weder erklärt noch sonst erwiesen ist, eine für die juristische Konstruktion unbrauch-

bare Fiktion ist. Wenn man nun meinen Konstruktionen, die jede Fiktion des rechtsgeschäftlichen Willens grundsätzlich vermeiden, Konstruktionen entgegensetzt, die auf einer solchen Fiktion beruhen, so mag dies an sich wissenschaftlich durchaus zulässig sein, allein ich halte eine Verständigung auf solcher Basis für unmöglich.

Wien, am 8. November 1892.

Der Verfasser.



Inhaltsverzeichnis.

Erster Theil. Die „stillschweigende Willenserklärung“ in der allgemeinen Vertragslehre	1
I. Die ausdrückliche Willenserklärung	—
1. Ermittlung des Willens	—
a) Aufgabe der Interpretation	—
b) Indizien des inneren Willens	24
2. Die Mittel der Erklärung	27
a) Wort und Wille	—
b) Mimische und symbolische Handlungen	52
c) Werk und Wille	57
d) Sonstige Formen der Willenserklärung	102
3. Ergebniss	111
II. Realabschluss der Verträge	112
1. Realabschluss durch Erfüllungshandlungen	—
2. Realabschluss durch Aneignungshandlungen	115
3. Das Stillschweigen als Willenserklärung	173
Zweiter Theil. Besondere Fälle	225
I. Das Versprechen als Verpflichtungsgrund	—
II. Verjährung und Verschweigung	238
III. Die Faktura	277
Zusammenstellung der Ergebnisse	286

Abkürzungen.

- A.C. = Sammlung von Entscheidungen zum Handelsgesetzbuche von Dr. Leopold Adler und Dr. Robert Clemens.
- Ackermann = Rechtssätze aus den Erkenntnissen und Verordnungen der obersten Justiz- und Spruchbehörden des Königreichs Sachsen. Herausgegeben von Gustav Adolf Ackermann.
- A. f. W. R. = Archiv für deutsches Wechselrecht.
- Arends = Sammlung interessanter Entscheidungen aus dem gemeinen und bayrischen Zivilrechte. Von C. Arends.
- B. H.G. = Sammlung von Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für Bayern in Gegenständen des Handels- und Wechselrechts, sowie wichtiger Entscheidungen der bayr. Handelsappellationsgerichte.
- B. O.G.H. = Sammlung von Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für Bayern in Gegenständen des Zivilrechts und Zivilprozesses.
- Bayer. Zeitschrift = Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des Königreichs Bayern.
- Bl. f. R. A. = Blätter f. Rechtsanwendung, zunächst für Bayern.
- Blum, Urtheile = Urtheile und Annalen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von Dr. Hans Blum.
- Br. u. Bl. = Annalen des Reichsgerichts; Sammlung aller wichtigen Entscheidungen des Reichsgerichts, sowie aller auf die Reichsrechtsprechung bezüglichen Erlasse und Verfügungen unter Mitwirkung des Justizraths Dr. Karl Braun, herausgegeben von Dr. Hans Blum.
- Busch = Archiv f. Theorie u. Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts. Herausgegeben von F. B. Busch.
- Dalloz, Rep. gén. = Dalloz M. D. et Dalloz Armand: Jurisprudence générale. Répertoire méthodique et alphabétique de législation et de jurisprudence.
- Dalloz = Recueil périodique et critique de jurisprudence de législation et de doctrine en matière civile, commerciale criminelle administrative de droit public.
- Emerling = Sammlung von Entscheidungen des grossherzoglichen Kassationshofs Darmstadt in Zivil- und Strafsachen, herausgegeben von A. Emerling.
- Fenner u. Mecke = Archiv f. zivilrechtliche Entscheidungen des Reichsgerichts.
- Goldschmidt = Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, herausgegeben von Dr. L. Goldschmidt und anderen.
- Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des preussischen (später des deutschen) Rechts. Herausgegeben von Dr. J. A. Gruchot.

- G.U. = Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des kgl. Obersten Gerichtshofs, herausgegeben von Julius Glaser, Joseph Unger, Joseph v. Walther (später Joseph Unger, Joseph v. Walther u. Leopold Pfaff.)
- H.A.G. Nürnberg = Sammlung wichtiger Entscheidungen des kgl. bayer. Handelsappellationsgerichts.
- Kierulf = Sammlung von Entscheidungen des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands. Herausgegeben von Dr. J. C. Kierulf.
- Old. Arch. = Archiv f. die Praxis des gesamten im Grossherzogthum Oldenburg geltenden Rechts.
- O.T. = Entscheidungen des Königlichen Geheimen Obertribunals in Berlin.
- Prakt. Arch. = Arch. f. praktische Rechtswissenschaft auf dem Gebiete des Zivilrechts und Zivilprozesses.
- Puchelt = Zeitschrift für französisches Zivilrecht. Herausgegeben von Dr. Sigismund Puchelt.
- R.O.H.G. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Herausgegeben von den Räten des Gerichtshofes.
- R.G. = Entscheidungen des Reichsgerichts. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes. Entscheidungen in Zivilsachen.
- Sächs. = Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, zunächst für das Königreich Sachsen (die ersten drei Bände auch in neuer Folge.)
- Schw. = Zeitschrift für schweizerisches Recht.
- Seuffert = J. A. Seuffert, Archiv f. Entscheidungen der Obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
- Striethorst = Archiv f. Rechtsfälle aus der Praxis der Rechtsanwälte des Königl. Obertribunals. Herausgegeben und redigirt von Theodor Striethorst.
- Strippelmann = Neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen. Herausgegeben unter Aufsicht des Königlichen Justizministeriums von E. G. S. Strippelmann.

- A.G. = Appellationsgericht.
- H.A.G. = Handelsappellationsgericht.
- O.A.G. = Oberappellationsgericht.
- O.G.H. = Oberster Gerichtshof.
- O.T. = Obertribunal.
- N.F. = Neue Folge.
- R.O.H.G. (in Zitaten) = Reichsoberhandelsgericht.
- R.G. (in Zitaten) = Reichsgericht.

Nur mit den Namen der Verfasser werden citirt:

- Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts.
- Unger, System des österr. Privatrechts.
- Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts und
- Zachariae, Handbuch des französischen Zivilrechts.

Von den oben angeführten Spruchsammlungen enthält:

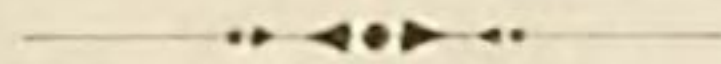
- | | |
|----------------|--|
| A.C. | nur Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs Wien. |
| B.O.G.H. | „ „ „ „ „ f. Bayern (München). |
| Blum, Urtheile | „ „ „ Reichsgerichts. |

Br. u. Bl.	nur Entscheidungen des Reichsgerichts.		
Emmerling	"	"	Kassationshofs Darmstadt.
Fenner u. Mecke	"	"	Reichsgerichts.
G.U.	"	"	Obersten Gerichtshofs Wien
H.A.G. Nürnberg	"	"	H. A. G. Nürnberg.
Kierulf	"	"	O. A. G. Lübeck.
Old. Arch.	"	"	O. A. G. Oldenburg.
O.T.	"	"	Obertribunals Berlin.
R. O. H. G.	nur Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.		
R. G.	"	"	Reichsgerichts.
Sächs.	"	"	O. A. G. Dresden (bis auf die letzten Bände, die zahlreiche Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts enthalten).
Striethorst	nur Entscheidungen des O. T. Berlin.		
Strippelmann	nur Entscheidungen des O. A. G. Kassel.		

Es ist daher bei den Zitaten aus diesen Spruchsammlungen der Gerichtshof nicht angegeben. Bei Sächs. ist nur dort, wo es sich um eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts handelt, dies ausdrücklich hervorgehoben.

So oft bei einem Zitat nicht angegeben ist, von welchem Gerichtshofe die Rede ist, ist der höchste in der angegebenen Stadt bestehende Gerichtshof gemeint.

Bei den Zitaten aus Dalloz bedeutet die erste (arabische) Zahl den Jahrgang, die zweite (römische) die Abtheilung, die dritte (arabische) die Seite der betreffenden Abtheilung. Die erste Abtheilung enthält nur Entscheidungen des Kassationshofes Paris, daher wird dies bei den Zitaten nicht ausdrücklich bemerkt. — Die Bände der Dalloz'schen Sammlung korrespondiren mit den Jahrgängen und enthalten in der Regel nur Entscheidungen, die in dem Jahre ihres Erscheinens erlassen sind (z. B. Band 56 ist im Jahre 1856 erschienen und enthält Entscheidungen aus diesem Jahre). Daher ist das Jahr der Entscheidung nur dort angegeben, wo dieses ausnahmsweise nicht zutrifft.





Erster Theil.

Die „stillschweigende Willenserklärung“ in der allgemeinen Vertragslehre.

I. Die ausdrückliche Willenserklärung.

1. Ermittlung des Willens.

a) Aufgabe der Interpretation.

So verschieden auch die Ansichten über das gegenseitige Verhältniss der beiden Elemente der juristischen Willenserklärung, Wille und Erklärung sein mögen, darüber ist man gegenwärtig kaum im Zweifel, dass die Streitfrage bloss Fälle von, um mit Zitelmann¹⁾ zu sprechen „pathologischem Charakter,“ betrifft, wo Wille und Erklärung divergiren. Für die normalen Fälle kann die Frage, ob dem Willen oder der Erklärung der Vorrang einzuräumen ist, wohl gar nicht aufgeworfen werden, und auch die Gegner der Willens- theorie geben anstandslos zu, dass, wenn das Recht dem rechtsgiltig erklärten Willen Geltung verschafft, dies nur wegen des Willens, nicht wegen der Erklärung geschieht. So sagt z. B. Bekker, der hier als derjenige angeführt werden mag, der sich hierüber als einer der letzten geäussert hat: „die Idee des Schutzes des Willens findet ihre zweckmässige Verkörperung in dem Schutze der Erklärung.“²⁾

Worauf ist aber der rechtlich geschützte Wille gerichtet? Auch diese Frage wird jetzt von vielen ganz anders beantwortet, als es

¹⁾ Die Möglichkeit eines Weltrechts. Wien 1888, S. 18; so auch neuerdings Windscheid § 69, No. 1.

²⁾ Bekker, System Bd. II, S. 178. Ebenso Leonhard, der Irrthum bei nichtigen Verträgen I, S. 130 ff. und passim; ferner: Irrthum als Nichtigkeitsgrund S. 7 u. 9.

noch unlängst der Fall war. Gegen die herrschende Lehre, die annimmt, der Wille sei auf die Rechtsfolgen gerichtet, erhebt sich eine mächtige Opposition, die davon ausgeht, dass der Wille lediglich auf einen wirthschaftlichen Erfolg gerichtet ist.³⁾ Die alte Lehre wird neuerdings wohl von Enneccerus vertheidigt, seine Ausführungen enthalten aber meines Erachtens nur eine werthvolle Berichtigung, nicht eine Widerlegung der hauptsächlich von Lenel und Bechmann vertretenen neueren Theorie.⁴⁾

Zwei Erwägungen scheinen mir nun für die neuere Theorie den Ausschlag zu geben: Vor allem die, dass für die juristische Konstruktion eines Geschäfts die Vorstellung, welche die Parteien von derselben hatten, gar nicht, und nur der wirthschaftliche Zweck, den sie verfolgten, in Betracht kommt. Der Vertrag mit dem Leihbibliothekar z. B. ist zweifellos Dienst- und Sachmiethe, obwohl jeder Laie ein Commodat abzuschliessen glaubt, und das Reichsgericht bemerkt in einer Entscheidung, die sich auf die „Verpfändung“ einer unveräusserlichen Urkunde bezieht, mit Recht: „Selbst von der Ansicht aus, welche in einem solchen Falle das rechtswirksame Zu-

³⁾ Litteratur bei Windscheid § 369, No. 1. Für die neue Lehre jedenfalls auch Jhering, Besitzwille, S. 289 namentlich S. 290. („Wenn er a vornimmt, warum ist es ihm zu thun? Doch nicht um den dünnen Rechtsakt, sondern um die realen Folgen, die sich daran knüpfen.“) Ausserdem Ehrenberg in Jhering's Jahrbuch XXVII, S. 286, der um so lehrreicher ist, als er nicht zur doktrinären Streitfrage, sondern zu einem praktischen Problem Stellung nimmt. Zu den Anhängern der Theorie der empirischen Absicht ist wohl auch Kohler zu zählen: wenn er auch dem Rechtsfolgewillen nicht den auf den praktischen Erfolg, sondern den auf einen Geisteseffekt gerichteten Willen entgegensetzt, so scheint es mir doch zweifellos, dass sich seine hierauf bezüglichen Ausführungen in Wirklichkeit, trotz ihrer Fassung, auf eine andere Frage beziehen. Dass auch er überall davon ausgeht, dass der Wille der Parteien auf einen wirthschaftlichen Erfolg, nicht auf die Rechtsfolgen gerichtet ist, ergiebt sich aus vielen Stellen seiner Schriften, namentlich aber seinen Ausführungen in Jhering's Jahrb. XVI, 106 ff., 140 ff., vergl. auch S. 335 ff., XVIII, S. 155 (Worte: „ich werde jedem Versprechen bezüglich der Herbeiführung eines wirthschaftlichen Erfolges“ —). Es wird in der Regel übersehen, dass diese Auffassung des Vertragswillens zuerst aufgestellt wurde von Hartmann, die Obligatio, allerdings in erster Linie durch Betonung des Zweckmoments bei der Obligatio im allgemeinen — aber auch für die rechtsgeschäftliche Obligatio z. B. S. 191 ff., 199, wo wohl nicht blos von der Vermächtnissobligatio die Rede ist.

⁴⁾ Enneccerus, Rechtsgeschäft, hat insbesondere mit Recht hervorgehoben, dass der Wille darauf gerichtet sein muss, sich rechtlich zu binden: also in diesem Sinn auf eine Rechtsfolge; dies stimmt jedoch mit der neueren Theorie vollkommen

standekommen einer Pfandbestellung verneint, muss zugegeben werden, dass das, was die Beteiligten, vielleicht unter Anwendung einer missverstandenen juristischen Bezeichnung und Konstruktion in Wirklichkeit gewollt haben, nämlich eine Sicherheitsbestellung durch vertragsmässige Einräumung des Besitz- und Retentionsrechtes, giltig zu Stande gekommen ist.“⁵⁾

Noch schwerer fällt es in die Wagschale, dass diese Theorie die einzige ist, die der Thatsache Rechnung trägt, dass der Vertrag nicht durch das Recht geschaffen wurde, sondern älter ist als das Recht und weiter reicht als das Recht.⁶⁾ In That und Wahrheit wurden Verträge gewiss schon in der vorstaatlichen Periode der Gesellschaft abgeschlossen, und es werden auch heute Verträge geschlossen zwischen Europäern und Völkerschaften, die vielleicht zum ersten Mal einen Weissen sahen; auch zwei Männer, die einander in einer Wüste begegnen, können einen Kauf- oder Tauschvertrag abschliessen, der deswegen nicht minder giltig ist, weil auf diesem Erdpunkte kein Rechtssatz ihn als solchen anerkannte. Der Ver-

überein, denn die wirthschaftliche Absicht ist ja auch eine verschiedene, je nachdem man einen Rechtsanspruch oder bloß einen prekären Anspruch einräumen will. Auch stimmen seine Bemerkungen über die Rückwirkung der erfüllten Bedingung ganz mit der neueren Theorie überein. „Will man daher in den genannten und ähnlichen Fällen mit der Parteiabsicht argumentiren, so hat man eine Reihe bestimmter praktischer Einzelresultate als der Parteiabsicht entsprechend nachzuweisen und zu zeigen, dass diese Einzelresultate mit der einen, nicht aber mit der anderen juristischen Konstruktion in Einklang stehen“ (Bd. II, S. 20). Ferner: „Wenn es richtig ist, dass das Rechtsverhältniss dem Menschen Güter gewähren soll, Dinge und Verhältnisse, welche zur Befriedigung ihrer menschlichen Interessen dienlich sind, und wenn die Rechtsgeschäfte das hervorragendste Mittel für den Einzelnen sind, seine Rechtsverhältnisse und damit den ihm zugehörigen Güterkreis selbst zu gestalten, so ist diese Privatautonomie über die eigenen Rechtsverhältnisse unzweifelhaft dann die vollkommenste, dem höheren Zwecke am meisten dienende, wenn die Folgen des Geschäfts unmittelbar durch den wahren Willen des Geschäftssubjekts bestimmt werden“, Bd. I, S. 76. — Der Ausdruck „Zweck“ dürfte von Lotmar: Ueber Causa, S. 32 ff., ebenfalls in der Bedeutung wirthschaftlicher Zweck, empirische Absicht, gebraucht worden sein. Doch ist die Grundauffassung eine andere, ebenso bestehen viele Unterschiede im Einzelnen. Sehr nahe stehend: Danz, Forderungsüberweisung S. 104 ff. Karsten, Die Lehre vom Vertrage bei den italienischen Juristen, S. 28 ff.

⁵⁾ Seuffert XLII, 195 R.G. 1886.

⁶⁾ Dies ist denn auch der Ausgangspunkt Lenel's in Jhering's Jahrbuch XIX, S. 154 ff.; vgl. auch Arch. f. civ. Pr. LXXIV, S. 213 ff., früher schon

tragsabschluss ist eben nicht ein juristischer, sondern ein natürlicher sozialer Vorgang und wurde durch das staatliche Vertragsrecht ebensowenig geschaffen wie die Familie durch das Familienrecht: eine gewisse natürliche Verbindlichkeit hat der abgeschlossene Vertrag überall, auch wo es an jeder staatlichen Autorität mangelt.⁷⁾

Das was das staatliche Recht dem Vertrage verleiht, ist daher nicht etwa die Verbindlichkeit an sich, sondern die Anerkennung dieser Verbindlichkeit und die sich an die Anerkennung anschliessende Erzwingbarkeit in aller Form Rechtens. Das staatliche Recht schafft nicht den Vertrag, verleiht ihm auch nicht erst die Verbindlichkeit, aber es schafft Organe, bei denen man die Verbindlichkeit eines abgeschlossenen Vertrags zur staatlichen Anerkennung, und durch die man die staatlich anerkannte Verbindlichkeit zur Geltung bringen kann. Willkürlich bestimmen kann das staatliche Recht daher vor allem die Bedingungen des Schutzes: nicht jeder natürlich verbindliche Vertrag ist rechtlich verbindlich; das hängt von formellen und materiellen Voraussetzungen ab.⁸⁾ Auch kann das staatliche Recht an den Vertrag die verschiedensten Rechtsfolgen knüpfen, welche mit dem Parteiwillen, mit der natürlichen Verbindlichkeit des Vertrages, in gar keinem Zusammenhange stehen: z. B. die Wucherstrafen, die Versicherungspflicht der Lohnarbeiter als Folge des Lohnvertrages.⁹⁾ Insofern aber das staatliche Recht den Vertrag als solchen schützt, insofern es dessen natürliche Verbindlichkeit zur Geltung bringt, hängt das, was es für den Vertrag leistet, nicht vom Rechte selbst, sondern von einem vom Rechte unabhängigen natürlichen Vorgange ab. Der staatliche Schutz des Vertrages ist daher etwas äusserlich, in historischer Zeit Hinzugekommenes, der Vertrag wird dadurch etwas Wirksameres, aber nicht etwas anderes, als er sonst wäre. Der Staat leiht seinen Arm dazu, um die widerspenstige Partei zu zwingen, das zu leisten, was sie in verbindlicher Weise versprochen hat,

betont von Pernice in Grünhut's Zeitschrift VII, S. 570 ff., später von Eisele in Jhering's Jahrbuch XXV, S. 439. Der entgegengesetzte Standpunkt wird namentlich mit grosser Energie vertreten von Bülow, Archiv f. civ. Praxis LXIV, S. 1 ff. Stammler, Arch. f. civ. Pr. LXIX, S. 13 ff. Thon, Rechtsnorm und subj. Recht S. 358 ff., vergl. aber auch S. 65.

⁷⁾ Schlossmann, Vertrag S. 8.

⁸⁾ Czyhlarz in Jhering's Jahrb. Bd. XIII, S. 18.

⁹⁾ Vergl. hierüber Windscheid § 69 No. 1a lit. c.

— er kann sie auch zwingen, etwas zu leisten, was sie nicht versprochen hat, aber der Inhalt des Versprechens selbst ist seiner Einwirkung entrückt; und insofern der Staat den Vertrag schützt, zwingt er doch die Partei nur dazu, wozu sie vor allem kraft des Vertrages, nicht kraft Rechts verpflichtet ist.¹⁰⁾

Damit ist die Stellung gekennzeichnet, welche der Jurist dem Verträge gegenüber einnimmt. Die Aufgabe der juristischen Interpretation ist, dafür zu sorgen, dass der Vertrag Rechtsfolgen nach sich ziehe, welche sich mit der wirthschaftlichen Parteiabsicht, dem *id quod actum est* der Römer, möglichst genau decken, damit das, was durch den Arm des Staates erzwungen wird, möglichst genau dem entspricht, was die Parteien durch den Vertrag wirthschaftlich zu erreichen beabsichtigten. In der Frage der Vertragsinterpretation unterscheidet sich denn auch die Willenstheorie von der Erklärungstheorie nur insofern, als die letztere noch viel weiter geht als die erstere. Diese betrachtet es als Aufgabe der Auslegung, den wirthschaftlichen Zweck beider Kontrahenten zu erforschen, und wenn es sich zeigt, dass die Parteien verschiedene wirthschaftliche Zwecke verfolgten, hält sie den wirthschaftlichen Zweck jeder Partei als gleichwerthig, und lässt die Willenserklärung überhaupt nicht gelten. Dagegen will die Erklärungstheorie in einem solchen Falle nur den wirthschaftlichen Zweck jener Partei berücksichtigen, die demselben in ihrer Erklärung Ausdruck verliehen hat; sie will sich demgemäss bei der Auslegung der Willenserklärung nur solcher Mittel zur Erforschung des inneren Willens bedienen, die zur Zeit der Abgabe der Erklärung beiden Theilen zugänglich waren. Aber beide Theorien stimmen darin überein, dass sie die Ermittlung der wirthschaftlichen Absicht als Zweck der Interpretation ansehen.

Die Aufgabe: zu erforschen, was die Parteien wollen, welchen wirthschaftlichen Zweck sie verfolgen, tritt an den Juristen nicht nur dann heran, wenn er als Richter fungirt; er hat der richterlichen Thätigkeit vorzuarbeiten, insofern er zur Abfassung des Vertrags herangezogen wird. Er hat auch hier zunächst den wirthschaftlichen Zweck der Parteien zu erforschen und dann den Vertrag so zu redigiren, dass das, was die Parteien erreichen wollten, mög-

¹⁰⁾ Vergl. darüber Pernice in Grünhut's Zeitschr. VII, S. 492, Eisele in Jhering's Jahrb. XXV, S. 439 und schon früher Köppen in Jhering's Jahrb. XI, S. 283, endlich meine Aufsätze in den Wiener Juristischen Blättern ex 1888, S. 619.

lichst genau und möglichst sicher gegen den Widerstrebenden erzwungen werden kann.

Wie ist es nun aber, wenn der Zweck, welchen die Parteien im Auge hatten, von der Art ist, dass er durch Leistungen, die in der Form Rechtens erzwingbar wären, direkt nicht erreicht werden kann?¹¹⁾ Die Jurisprudenz hat es stets als ihre Aufgabe betrachtet, auf indirektem Wege das zu ermöglichen, was direkt unmöglich schien: die rechtlich erzwingbaren Vertragswirkungen so zu kombinieren und zu verbinden, dass der dadurch hergestellte Rechtserfolg wenigstens annähernd, womöglich aber ganz, mit dem von den Parteien angestrebten zusammenfalle. Ich wüsste daher nicht, inwiefern der von Enneccerus erwähnte Fall eines Verschwenders, der einem zuverlässigen Mann ein Landgut überträgt, sich aber unbeschränkten Genuss bei Lebzeiten und Rückübertragung desselben auf seine Erben nach seinem Tode vorbehält, mit der hier vertretenen Auffassung des Vertragswillens im Widerspruche stünde. Auch hier wollte der Verschwender einen wirthschaftlichen Erfolg, nämlich die Beschränkung seiner Dispositionsfähigkeit in Bezug auf das Gut. Da dieser Erfolg aber nach heutigem Rechte direkt nicht erreichbar ist, musste er einen Umweg benutzen, der zu demselben wirthschaftlichen Ergebnisse führt, wenn er auch für ihn manche Gefahren birgt. Die Parteien haben den von ihnen angestrebten wirthschaftlichen Erfolg nur annähernd erreicht, da sie mit demselben so manches mit in den Kauf nehmen müssen, was ihnen keineswegs erwünscht ist, aber es handelt sich ihnen doch nur um den wirthschaftlichen Erfolg, nicht um die theilweise höchst unerwünschten Rechtsfolgen. Ganz dieselbe Natur hat das Vorgehen eines bekannten französischen Journalisten, der, ein leidenschaftlicher Kartenspieler, eine grössere Summe in Werthpapieren bei einer Bank deponirte und den Depotschein zerriss. Als Grund gab er an, er wolle sich den deponirten Betrag sichern; die Amortisirung des Depotscheins werde einige Jahre dauern und die ganze Zeit hindurch könne er das Geld nicht beheben, daher auch nicht verspielen.

In allen diesen Fällen sind wirthschaftliche Folgen allerdings gewollt, wenigstens in dem Sinne, in welchem dieses Wort in der Jurisprudenz überhaupt gebraucht wird, das heisst, sie sind wohl

¹¹⁾ Vergl. hiezu Jhering's Geist d. r. R. III, S. 242 ff.

nicht alle erwünscht, aber die nicht erwünschten den erwünschten zu Liebe mit in den Kauf genommen. Bei näherer Betrachtung überzeugt man sich, dass die Eigenthümlichkeit dieser Geschäfte bloß darin besteht, dass bei ihnen, obwohl ein zweiseitiger Vertrag abgeschlossen wird, die Vertheilung der erwünschten und nichterwünschten Folgen eine einseitige ist; nur dadurch unterscheiden sie sich von dem gewöhnlichen zweiseitigen Vertrage, wo sich die erwünschten und nichterwünschten Folgen auf beide Parteien vertheilen. Ebenso wie etwa der Käufer den Erwerb der Sache, nicht die Verpflichtung zur Bezahlung des Kaufpreises, der Verkäufer aber das Gegentheil wünscht, trotzdem aber der eine und der andere beides will, weil er weiss, dass er den wirthschaftlichen Erfolg ohne den wirthschaftlichen Nachtheil nicht zu erreichen vermag, will auch in dem von Enneccerus angeführten Falle der Verschwender die wirthschaftlichen Gefahren der Eigenthumsübertragung, weil sie für ihn das einzige Mittel ist, sich die wirthschaftlichen Vorthelle zu sichern, welche er von der Entäusserung seiner Dispositionsbefugnis erwartet.¹²⁾ Von diesen Fällen gilt, *mutatis mutandis*, die auch im allgemeinen richtige, von Pininski¹³⁾ ausgesprochene Ansicht: „Die Rechtsfolge ist hier nur ein Mittel, welches zur Erreichung eines praktischen Zieles verhilft, ein Mittel, das statuirt worden ist, gerade um den Wünschen der Parteien gerecht zu werden. Der Sinn eines ausdrücklichen Begehrens des Zweckes muss also im allgemeinen auch als ein manifestirtes Wünschen des Mittels aufgefasst werden, mag auch manchmal in konkreten Fällen dieser psychische Zustand fehlen.“ Nur ist hier ausnahmsweise das Mittel nicht vom Rechte statuirt, sondern das vom Rechte für andere Zwecke statuirte von den Juristen für solche Zwecke benutzt worden, für welche es, wenigstens ursprünglich, nicht berechnet war.

Wir haben es hier mit der Kautelarjurisprudenz, einem ausserordentlich wichtigen Gebiete der angewandten Jurisprudenz zu thun, dessen rechtsbildende Kraft bisher noch nicht genügend gewürdigt wurde. Heutzutage liegt allerdings die Idee ausserordentlich nahe, in allen Fällen, in welchen das geltende Vertragsrecht wegen seiner technischen Unvollkommenheit oder aus formalen Gründen den Bedürfnissen des Lebens nicht Rechnung zu tragen vermag, die Hilfe der Gesetz-

¹²⁾ Vergl. hierzu Ehrenzweig, der Rechtsgrund der Vertragsverbindlichkeit. Wien 1889, S. 31.

¹³⁾ Sachbesitzerwerb II, S. 303.

gebung anzurufen. In den Anfängen der Rechtsentwicklung verfiel man auch nicht im Entferntesten so leicht darauf. Die Gesetzgebungsmaschine griff überhaupt erst in späterer Zeit und auch dann nur sehr selten ein, und gar nie, um technischen Mängeln des Vertragsrechts abzuhelpfen. Gewohnheitsrecht und Kautelarjurisprudenz waren es, die den neuen Geschäftsformen den Weg ins Recht bahnen mussten. Namentlich waren es die verschleierten, insbesondere die fiduziarischen Geschäfte, welche während langer Entwicklungsperioden des Rechts eine unermessliche Bedeutung hatten.¹⁴⁾ Der fiduziarischen Eigenthumsübertragung zum Zwecke der Sicherung einer Forderung verdankt wohl überall, nachweisbar aber in Deutschland, England und Rom das Pfandrecht seine Entstehung, das fiduziarische Vermächtniss befreite das römische Erbrecht von einem guten Theil seines Formenzwanges, das Recht des *cestui que use* und *cestui que trust* gab dem englischen Sachenrechte eine Gestalt, in welcher es den Anforderungen des Verkehrs wenigstens einigermaassen gerecht zu werden vermochte.¹⁵⁾

Ganz so wie der Kautelarjurist dem werdenden, steht der Richter dem fertigen Vertrage gegenüber, so bald sich dessen Wirksamkeit technische oder materielle Schwierigkeiten entgegenstellen. Der Jurist sucht die Absicht der Parteien klar zu legen und fragt hierauf, in welcher Weise diese Absicht durch Zwangsmittel des Rechts verwirklicht werden könnte. Ist dies auf direktem Wege nicht möglich, weil das Recht einer derartigen Parteiabsicht seine Anerkennung versagt, so sucht er den Vertrag so zu interpretiren, als ob die Parteien eine andere, rechtlich zulässige Absicht hätten, welche

¹⁴⁾ Vergl. über das Fiduziargeschäft Gerhard Alexander Leist, die Sicherung von Forderungen, S. 78 ff.; über einen hieher gehörigen Fall Kohler in Jhering's Jahrb. S. 149 ff., der jedoch unter Bevollmächtigung unter dem Gewande des eigenen Rechts nicht ganz dasselbe versteht. Ein Fiduziargeschäft eigenthümlicher Art bringt Paulus zur Sprache. Ein Römer, der seine Tochter an einen Sklaven verheirathete, bestellte ihr eine Mitgift in der Form eines Depositums. Die Tochter, welche den Vater beerbte, durfte nach dem Tode des Sklaven — da eine *dos* nicht möglich ist, mit einer *ex causa depositi actio de peculio* die *dos* zurückverlangen. Fr. 27, Dep. 16, 3.

¹⁵⁾ Ueber die Bedeutung, welche die Stipulation für die römische Kautelarjurisprudenz hatte, vergl. von Salpius: Novation und Delegation, S. 210—256. Diese Partie, für welche die lebendige Anschauung des heutigen Lebens eine der Hauptquellen gewesen sein dürfte, gehört wohl zu den besten dieses bedeutenden Werkes. — Ueber die *venditio nummo uno*, vergl. Bechmann, Kauf Bd. I, S. 212.

ihrer wirklichen Absicht möglichst nahe kommt.¹⁶⁾ Da das Vertragsrecht aber stets als von dem Grundsatz beherrscht betrachtet wird, dass der Vertrag keine anderen als gewollte Rechtsfolgen nach sich ziehe, so wird in diesen Fällen, um den Grundsatz aufrecht zu erhalten, der in Wirklichkeit nicht vorhandene Wille fingirt. Der Richter geht hiebei aber stets davon aus, dass er im Sinne der Parteien handelt, wenn er sie jenen praktischen Erfolg erreichen lässt, den sie anstrebten, sei es auch um den Preis, dass er sie etwas wollen lässt, was sie nicht gewollt haben.¹⁷⁾

Es mag mir gestattet sein auf mehrere Fälle hinzuweisen, welche der neuesten gerichtlichen Praxis angehören, und die als Beispiel für diese Thätigkeit des Richters dienen mögen. Als in Deutschland die englischen (sogenannten Schulze-Delitz'schen) Genossenschaften aufkamen, wurden sie in Preussen als offene Handelsgesellschaften¹⁸⁾, von den beiden Hofgerichten des Herzogthums Nassau als juristische Personen¹⁹⁾, vom O.A.G. Darmstadt als gemeinrechtliche societates²⁰⁾ aufgefasst. Man war sich zweifellos dessen ganz wohl bewusst, dass man durch diese Konstruktionen der empirischen Absicht der Parteien Zwang anthat, dass man einen nicht vorhandenen Willen fingirte, aber man hielt dies für nothwendig und zulässig, da es das einzige Mittel war, dem Willen der Parteien Rechnung zu tragen, ohne mit dem positiven Rechte in Konflikt zu gerathen. Beiläufig dieselbe Bedeutung hatte es, wenn man vor dem Erlasse des Handelsgesetzbuches hie und da, namentlich in Sachsen, die dem gemeinen Rechte unbekannte offene Handelsgesellschaft als gemeinrechtliche societas, verbunden mit der Verleihung der Institoreneigenschaft an die Gesellschafter, konstruirte.²¹⁾ Da nach preussischem Rechte eine Aenderung

¹⁶⁾ Dieses ist durch positive Rechtssätze vorgeschrieben: fr. 80 de V.O. 45, 1; fr. 67 de R.J. 50, 17; vergl. fr. 31 de ev. 21, 2; § 74 Th. I, Tit. 4, P.L.R., § 914 österr. B.G.B. Art. 1157 C.N. Jhering in seinem Jahrb. Bd. VIII, S. 174, will selbst den Verpflichtungswillen supponiren, quia rei gerendae aptior est.

¹⁷⁾ Selbstverständlich kann eine Fiktion durch positive Rechtsvorschrift ausgeschlossen werden. Mittheilung in der Grünhut'schen Zeitschr. XVII, S. 581.

¹⁸⁾ Busch Bd. II, S. 170 Handelsgericht [Düsseldorf 1863; Bd. III, S. 373. Kommerzial- und Admiralitätsgericht Königsberg; Bd. III, S. 37 A.G. Köln 1862; VI, S. 33. A.G. Köln 1864.

¹⁹⁾ Busch Bd. XII, S. 404 (1863), vergl. auch Busch III, 388. Desden 1869.

²⁰⁾ Seuffert XXIII, 206. Darmstadt 1865.

²¹⁾ Interessante historische Notizen bei Siegmann, Sächs. Zeitschr. XVI, 388 ff., vergl. Seuffert IX, 328. Dresden 1854. Sächs. XVI, 45, Sächs. XIV, 71 (1854); XXI, 251 (1861).

der Verjährungsfristen ungiltig ist, wenn sie nicht gerichtlich verlautbart wurde, so wird in Preussen jene Klausel der Versicherungsverträge, wonach die Klage auf Bezahlung der Versicherungssumme, wenn sie nicht binnen einer kurzen Frist nach Fälligkeit derselben eingebracht wird, verjährt, dahin aufgefasst, es sei der Vertrag durch die rechtzeitige Einbringung der Klage resolutiv bedingt.²²⁾ Durch diese Vertragsinterpretation wird beiläufig derselbe praktische Erfolg erreicht, welchen die Parteien durch die Verkürzung der Verjährungsfrist erreichen wollten. Lässt aber das Gesetz eine solche ohne Einschränkung zu, so fällt diese Auslegung Niemandem ein; ja dieselbe wird sogar unter Umständen ausdrücklich abgelehnt.²³⁾ Auch in den Quellen finden sich zahlreiche Beispiele des Bestrebens, den empirischen Willen durch künstliche Vertragsinterpretationen zur Geltung zu bringen. So die Auffassung der Zession einer Forderung als *mandatum ad agendum*, der Zahlung der Forderung durch den Bürgen als Kauf der Forderung (um dem Bürgen den Regress wider den Hauptschuldner zu sichern).²⁴⁾ Ein tüchtiger Jurist hätte den Vertrag in allen diesen Fällen so abfassen müssen, dass er von vornherein den Fährlichkeiten der richterlichen Interpretation nicht ausgesetzt gewesen wäre, also die Errichtung der Genossenschaft als Begründung einer offenen Handelsgesellschaft, den Vertrag über eine offene Handelsgesellschaft als Abschluss einer *societas* mit Ertheilung der *Institoreneigenschaft* etc.²⁵⁾

Unwillkürlich erinnert man sich an die Unterscheidung zwischen dem „eigentlichen“ und dem „wirklichen“ Willen, welche vor nunmehr beinahe vier Jahrzehnten von Windscheid aufgestellt wurde.²⁶⁾ Windscheids „eigentlicher Wille“ ist der thatsächliche, ausschliesslich auf einen wirthschaftlichen Erfolg, wie er in der Vorstellung

²²⁾ Vergl. *Derenburg* §164; ferner *Berl. O.T.* Bd. XVII, S. 361 (1849). *Striethorst* II, 130 (1851).

²³⁾ *Busch* XXVIII, 60 A.G. Köln 1869; vergl. dagegen auch *Malss* in *Goldschmidt's Zeitschr.* Bd. XIII, S. 53.

²⁴⁾ *Fr.* 36 de fid. et mand. 46, 1.

²⁵⁾ Vergl. über diese Frage meine Artikelserie: *Ueber Lücken im Rechte*, in den *Juristischen Blättern*, ex 1888, namentlich S. 595, Note 175 u. 176 u. Text hierzu, ferner S. 503 ff.

²⁶⁾ *Windscheid*, die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung. Düsseldorf 1856. Anklänge schon in seiner Schrift: *Zur Lehre des Code Napoléon von der Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte*, S. 293 ff. Hierüber auch *Buhl*, *Beiträge zur Lehre vom Anerkennungsvertrage*. Heidelberg 1875, S. 65 u. passim.

der Partei existirt, gerichtete Wille. Der „wirkliche“ Wille ist der „eigentliche“ Wille, so wie er im Rechte wirksam wird, sowie man sich ihn juristisch zurecht legen muss. Wenn er nicht immer mit dem eigentlichen Willen zusammenfällt, so liegt dies an der Unvollkommenheit des Rechts, welches auf keiner Entwicklungsstufe jedem an sich zulässigen rechtsgeschäftlichen Willen Rechnung zu tragen vermag.²⁷⁾ Psychologisch genommen ist aber selbstverständlich nur der eigentliche Wille ein Wille, der wirkliche Wille ist eine juristische Fiktion. Der Grund, warum zu derselben gegriffen wird, liegt nur in dem rein doktrinären Bestreben, alle Rechtsfolgen des Vertrages ausschliesslich auf den Parteiwillen zurückzuführen. Der Wille im psychologischen Sinne ist auch hier stets auf den wirthschaftlichen Erfolg gerichtet.

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, dass man unter dem Ausdrücke Vertragsinterpretation eigentlich zwei ganz verschiedene Dinge versteht: einerseits die Ermittlung der eigentlichen wirthschaftlichen Absicht der Parteien, wenn sie in der Erklärung keinen adäquaten Ausdruck gefunden hat, andererseits aber, in allen Fällen, in welchen das, was die Parteien direkt anstrebten, auf direktem Wege nicht erreichbar erscheint, die Ermittlung jener Rechtsformen, durch welche es möglich wird, dem Parteiwillen ganz oder nahezu ganz Rechnung zu tragen. Im ersteren Falle handelt es sich um die Frage, welchen Umsatz an wirthschaftlichen Gütern die Parteien durch das Geschäft bewirken wollten, im zweiten dagegen um die Frage, wie der von den Parteien gewollte Güterumsatz nachträglich gegen die widerstrebende Partei durchgesetzt werden könne.²⁸⁾

Immerhin ist es klar, dass ein solcher durch Interpretation ermittelter Sinn einer Willenserklärung sich unter Umständen recht

²⁷⁾ Mit der fortschreitenden Entwicklung des Rechts wird die Fiktion vielfach entbehrlich. So ist die *venditio nummo uno*, die im alten römischen Rechte eine grosse Rolle spielte im *corpus iuris* bis auf eine unbedeutende Spur verschwunden. Bechmann, Kauf I, 218. Die *Zession* ist nicht mehr *mandatum ad agendum*, die Schulze-Delitz'schen Genossenschaften keine Handelsgesellschaften mehr. Die Verträge, die für das Recht bisher nur *incognito* existirten, haben es zur unmittelbaren rechtlichen Anerkennung und Wirksamkeit gebracht.

²⁸⁾ Ausser diesen zwei Arten giebt es noch eine tendenziöse Interpretation. Der Richter unterschleibt der Willenserklärung einen Sinn, den sie nicht hat, weil ihm der Sinn, den sie hat, unbillig erscheint. So wollte Paulus fr. 38 pr. de min. XXV, annis 4. 4. dem Kaiser zu Liebe, dem die vereinbarte *lex commissoria* missfiel, in der *denuntiatio post diem quem placuerat esse commissum* und in der

weit vom Wortsinne derselben entfernen kann. Der Richter, dem es obliegt, den Zweck, den die Parteien verfolgten, zu ermitteln, hat ja ausser dem Wortlaute auch eine Reihe anderer Momente bei der Auslegung in Betracht zu ziehen. So haben die Quellen bekanntlich die Bitte um Stundung einer urtheilsmässig zuerkannten Schuld als Anerkennung des Urtheils interpretirt.²⁹⁾ Das Berliner Obertribunal legte die Worte eines Briefes, den eine Schwester an ihre miterbenden Geschwister richtete: „vergesset, was zwischen uns Geschwistern war“, dahin aus, dass sie auf ihr Vorhaben, einen Erbschaftsanspruch zu erheben, verzichtet habe.³⁰⁾

Es ist nun für den Gegenstand dieser Abhandlung von Wichtigkeit, darauf hinzuweisen, dass der durch Interpretation zu Tage gebrachte Sinn einer ausdrücklichen Willenserklärung nicht eine in der ausdrücklichen Willenserklärung enthaltene andere Willenserklärung ist, sondern eben nur der Sinn einer einzigen einheitlichen Erklärung. Es ist daher nichts als ein ungenauer wissenschaftlicher Sprachgebrauch, wenn der durch die richterliche Interpretation ermittelte Sinn einer Willenserklärung, der sich von dem Wortlaute derselben erheblich entfernt, als stillschweigend erklärt bezeichnet wird, gleichsam als stecke hinter dem in Worten ausgedrückten Sinne gewissermassen eine zweite Willenserklärung, welche gleichzeitig, aber stillschweigend, vor sich geht. Schon in den Quellen findet sich diese Ausdrucksweise: Der Verpächter behält sich im Pachtvertrage ausdrücklich das Recht vor, das Grundstück anderweitig zu verpachten, wenn der Pächter nicht vertragsmässig wirthschaften sollte: der Pächter müsse ihm dann den Mindererlös an Pachtgeld ersetzen. Diese Klausel wird nun von den Quellen dahin interpretirt, der Pächter habe nicht das Recht, die Herausgabe eines etwaigen Mehrerlöses zu verlangen, und diese Interpretation wird mit den Worten eingeleitet: *videtur id silentio convenisse*.³¹⁾ Wer

Anstellung der Klage auf Zahlung des Preises einen Verzicht auf die *lex commissoria* erblicken. Nicht viel anders dürften die Gründe beschaffen gewesen sein, die den Kaiser veranlassten, zu reskribiren, dass der Gläubiger, der sich ein Pfand addiziren lässt, sich dadurch für den ganzen Betrag der Forderung für befriedigt erkläre. Fr. 15, § 3 de re iud. 42. 1.

²⁹⁾ C. 5. de re. ind. 7, 52; blos um Interpretation handelt es sich auch in fr. 8, pr. quomodo serv. 8, 6.

³⁰⁾ Seuffert XXX, 16, Berl. (1872); vergl. ferner: Busch XVIII, 456. Stuttgart 1879. A.C. VIII, 1418 (1888).

³¹⁾ Fr. 51. pr. loc. 19. 2.

sich verpflichtet hat, an einem gewissen Orte zu leisten, kann nicht geklagt werden, bevor er dorthin hätte kommen können: diem tacite huic stipulationi inesse,³²⁾ tacite tempus complecti videtur.³³⁾ Dasselbe gilt von der Stipulation eines Kindes im Mutterleibe, der zukünftigen Früchte, oder der Erbauung eines Hauses.³⁴⁾ Zu diesen Dingen, quae tacite insunt stipulationibus, also erst durch Interpretation ermittelt werden müssten, zählt eigenthümlicher Weise fr. 2 § 3 de eo. q. c. l. 13, 4 auch das Wahlrecht des Schuldners bei der alternativen Obligatio.³⁵⁾

Der Sinn, den der Ausdruck „tacite“ an diesen Stellen hat, liesse sich vielleicht am ehesten mit „gewissermassen“ wiedergeben. Zweifellos ist es aber, dass der Ausdruck hier nicht technisch, sondern der vulgären Sprache entnommen ist. Er fehlt denn auch nicht selten dort, wo eine durchaus analoge Sachlage vorhanden ist. Wenn z. B. Marcianus bemerkt, dass derjenige, der sich für einen Schuldner verbürgt, welcher früher eine dem Bürgen gehörige Sache für dieselbe Schuld eigenmächtig verpfändete, bellissime intelligitur, hoc ipso quod fide iubeat quodammodo mandasse, res suas esse obligatas,³⁶⁾ so hätte er, wenn es nicht sprachwidrig wäre, statt quodammodo tacite schreiben können. Ebenso könnte tacite eingeschoben werden. in fr. 4 de distr. pign. 20, 5 (tacite) convenisse videtur; fr. 5 § 1 q. p. v. hyp. sol. 20. 6; (tacite pactus esse). Bekker³⁷⁾ bemerkt zu fr. 12 § 2 de solut. 46, 3 und zwar zu den Worten si quis mandaverit Titio solvere deinde vetuerit accipere, dass darin eine stillschweigende Zurücknahme des ertheilten Mandats liege.³⁸⁾

Offenbar aus den Quellen ging diese Ausdrucksweise in die moderne juristische Literatur über. So sagt beispielsweise Exner: „Der

³²⁾ Fr. 2, § 6, de eo. q. c. l. 13. 4.

³³⁾ Fr. 73, pr. de V.O. 45. 1.

³⁴⁾ Ibid. ferner 83, § 5 de V.O. 45. 1; fr. 60, § 3 mand. 17. 1. Vergl. hierüber auch Bernstein, zur Lehre vom alternativen Willen, S. 53 ff.

³⁵⁾ Vergl. darüber Pescatore, die sog. alternative Obligatio, S. 85, 89, im Zusammenhange mit S. 84; ferner S. 188.

³⁶⁾ Fr. 5, § 2 in quib. cas 20. 2.

³⁷⁾ In seinem und Muther's Jahrb. des gemeinen deutschen Rechts, Bd. II, S. 363.

³⁸⁾ Vergl. noch Burckhard: die zivilistischen Präsumptionen, S. 274. Dieser sieht in den in diesen Stellen erwähnten Fällen wirkliche stillschweigende Willenserklärungen. — Ferner: Degenkolb, Platzrecht und Miethe, S. 186 ff., namentlich S. 287, Note 2.

Abschluss eines Verpfändungsvertrages kann auch stillschweigend geschehen, wenn nach allgemeinen Grundsätzen (§ 863 österr. B.G.B.) die Annahme einer im Schweigen gelegenen Verpfändungserklärung durch die Umstände gerechtfertigt erscheint. Ob eine solche Erklärung vorliege und in welchem Umfange, ist Interpretationsfrage.³⁹⁾ Trotzdem sich diese Ausdrucksweise jedoch nur in juristischen oder vielleicht noch in von Juristen geschriebenen Schriften findet, trotzdem sie auch ausserordentlich undeutsch klingt — man wäre beinahe versucht, auf diesen Umstand den Nachdruck zu legen — kann sie doch auch hier einen technischen Charakter nicht in Anspruch nehmen. So häufig sie auch vorkommt, die Fälle sind doch sehr selten, in denen sie gebraucht worden wäre, wenn von der „stillschweigenden Willenserklärung“ ex professo die Rede ist. Immerhin erwähne ich eine Aeusserung Windscheids. Er behandelt die Frage, ob derjenige, welcher etwas leistet, sich auch dort, wo er sich auf den Inhalt seiner Willenserklärung nicht berufen kann, dennoch geltend machen könne, „dass es nicht anzunehmen gewesen sei, und der Empfänger nicht habe annehmen dürfen, dass ihm überhaupt, oder doch unter den ihm bekannten Umständen, unter welchen ihm geleistet worden, eine Leistung der Art, wie ihm gemacht worden, auch für den Fall, der jetzt vorliege, hätte gemacht werden sollen.“ Er antwortet darauf wörtlich: „Wer diese Frage mit einem unbedingten Nein beantworten wollte, würde gewiss sehr Unrecht thun. Es hiesse dies mit anderen Worten die Möglichkeit einer stillschweigenden Willenserklärung in dieser speziellen Anwendung leugnen.“⁴⁰⁾

Namentlich bedient sich auch die moderne Rechtsprechung des Ausdruckes „stillschweigende Willenserklärung“ sehr häufig in der oben hervorgehobenen Bedeutung; aber eine eingehende Analyse der einschlägigen Entscheidungen zeigt, dass dieser oder ein gleichbedeutender Ausdruck nur andeuten soll, dass der Sinn der den

³⁹⁾ Exner, Hypothekenrecht, Bd. I, S. 145.

⁴⁰⁾ Windscheid, die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung S. 108 ff. Von neueren erwähnte ich: Enneccerus: Ueber den Begriff und die Wirkung der Suspensivbedingung und des Anfangstermins, S. 130. Ehrenberg in Jhering's Jahrb. XXX, S. 449. Andere bezeichnende Fälle: Fick, in Goldschmidt's Zeitschr. XX, S. 8. „Immerhin mag durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertragswillen der Begriff des Zufalls ausgedehnt werden“. Eisele, Compensation, S. 389 ff. Grawein, Verjährung, S. 87. Vergl. auch Burckhard, die zivilistischen Präsumtionen, S. 272 ff.

Gegenstand der Erörterung bildenden ausdrücklichen Willenserklärung von dem Wortlaute derselben weit abliegt. Das O.A.G. Dresden begründet beispielsweise eine Entscheidung folgendermassen: „Allerdings ist das Versprechen des Kreditirens, des Kreditgebens, der Gestundung des Kaufpreises, nicht mit speciellen Worten ertheilt worden; allein wenn sich Kläger hat versprechen lassen, dass Beklagter ihm bis zur Ziehung die an sich der Renovation bedürftigen Loose aufhebe, zur Verfügung stelle, so geht das Versprechen auf etwas, was der Regel, dass der Kollekteur jedes nicht rechtzeitig erneuerte Loos veräussern könne,⁴¹⁾ entgegen läuft und stillschweigend eine Kreditgewährung enthält.“⁴²⁾ Hier ist in charakteristischer Weise die stillschweigende Willenserklärung (die durch Interpretation ermittelte Bedeutung derselben) dem entgegengesetzt, was „mit speziellen Worten“ erklärt worden ist.

Selbst die Zustimmung, welche die Gattin zu einer von ihrem Manne vorgenommenen Theilung der Erbschaft dadurch erklärte, dass sie diese Theilung zusammen mit dem letzteren den Miterben mittheilte, wurde vom Pariser Kassationshof als eine stillschweigende bezeichnet und dies durch Anführung des Art. 1338 C.N. begründet.⁴³⁾ Auch in den Entscheidungen des Reichsgerichts findet sich diese Ausdrucksweise. In zwei über dasselbe Geschäft errichteten, als gleichzeitig zu behandelnden Urkunden wurden für dasselbe Kapital verschiedene Fälligkeitstermine vereinbart: der einen zu Folge sollte es nach vier Jahren und halbjähriger Kündigung, nach Inhalt der Anderen dagegen sofort fällig werden. Nach sorgfältiger Erwägung aller Umstände kam das Reichsgericht zum Schlusse, dass sich in Ansehung der letzteren Urkunde eine stillschweigende Nebenberedung ergäbe, „dass die Beklagten von derselben nur nach Maassgabe der sich auf Grund des Vertrages herausstellenden Fälligkeit Gebrauch machen dürfen“.⁴⁴⁾

In mehreren Fällen hat dieser durch Interpretation ermittelte Vertragsinhalt gewissermaassen eine typische Bedeutung. So vor Allem die stillschweigende Bedingung in dem Sinne, in welchem dieses Wort in der neueren Litteratur nicht selten als technischer Ausdruck gebraucht

⁴¹⁾ Dies bestimmt der sächsische Spielplan.

⁴²⁾ Sächs. XXXVIII, 44 (1871); vergl. auch Seuffert XXXVIII, 293, O.A.G. Kiel (1883).

⁴³⁾ Dalloz 52, I, 14.

⁴⁴⁾ R.G. XI, 287 (1883).

wird.⁴⁵⁾ Namentlich spricht Leonhard von einer solchen in dem Falle, wenn der gegenwärtige, vergangene oder zukünftige Umstand, von welchem die Rechtswirkung des Vertrages abhängig gemacht wird, nicht mit dürren Worten ausgedrückt, sondern erst mit Hilfe der Interpretation ermittelt werden muss. In diesem Sinne sagt auch Papinian: *cum omnis dotis promissio futuri matrimonii tacitam condicionem accipiat.*⁴⁶⁾

Die Rechtssprechung verwerthete diesen Begriff und Ausdruck schon lange vor Leonhard in derselben Weise. So entschied das O. A. G. Cassel, der Vertrag, wodurch die Verlobten sich zur Alimentation ihrer Eltern bezw. Grosseltern verpflichten, sei „durch Vollziehung des Eheverlöbnisses stillschweigend bedingt.“⁴⁷⁾ Ebenso in einer anderen Entscheidung: Ein Lehen wurde ohne lehensherrliche Genehmigung verpfändet und daher bei der exekutiven Versteigerung mit der in den Zuschlagsbescheid aufgenommenen Bemerkung zugeschlagen: der Adjudikatar habe für die anderweitige Belehnung selber Sorge zu tragen. Als diese anderweitige Belehnung nicht erfolgte, wurde der Rescissionsklage des Adjudikatars mit der Begründung Folge gegeben, es sei als „stillschweigende Bedingung des Verkaufs zu unterstellen, dass die Belehnung des Adjudikatars nicht werde versagt werden.“^{47a)} Der Pariser Kassationshof hat in einem speziellen Falle die Bestimmung der Länge der Façade des aufzuführenden Baues durch die Ortsbehörde eine stillschweigende Bedingung des Bauvertrages genannt.⁴⁸⁾

Die stillschweigende Voraussetzung, wie sie im preussischen Landrecht kodifizirt erscheint,⁴⁹⁾ unterscheidet sich nicht wesentlich von der eben erörterten stillschweigenden Bedingung. „Der preussische Gesetzgeber“ sagt hierüber das Reichsgericht, „geht ersichtlich davon aus, dass die Vertragswillenseinigung sich bethätige auf

⁴⁵⁾ Vergl. Arndt's § 66, N. 9. Unger § 82, N. 6. Zachariae § 302, N. 5. Dalloz, Obligation, N. 1102. Leonhard, der Irrthum bei nichtigen Verträgen, S. 252 ff., zu unterscheiden von den *condiciones iuris*; vergl. gegen diese Verwechslung beider Pfaff u. Hoffmann Kommentar II, S. 545, Note 17; ferner auch Ryck, Schuldverhältnisse S. 185, Note 2.

⁴⁶⁾ Fr. 68 de iure dotium, 23, 3.

⁴⁷⁾ Strippelmann I, 264, (1840).

^{47a)} Seuffert VI, 22. Kassel 1852.

⁴⁸⁾ Dalloz 74, I, 436.

⁴⁹⁾ § 377, tit. 5, Th. I, P.L.R. Dernburg § 93; vergl. hierüber Leonhard a. a. O. S. 243, N. 2.

der gegenwärtigen Grundlage der bestimmten, zur Zeit des Vertragsbeschlusses bestehenden thatsächlichen Verhältnisse, unter stillschweigender Voraussetzung des die Erreichung des praktischen Endzweckes ermöglichenden Fortbestandes bzw. Fortentwicklung jener Verhältnisse, so dass es nur als Konsequenz des auf praktische Verwirklichung abzielenden Vertragswillens erscheint, dass das zu kontrahierende Rechtsverhältniss ex tunc resolvirt werden soll, wenn der thatsächliche Boden des Rechtsverhältnisses vor dessen vollständiger Bethätigung sich derartig verändern sollte, dass die beim Vertragsschuldner vorausgesetzte Realisirbarkeit des praktischen Endzweckes der Kontrahenten nicht mehr bestehe.“ Es wurde daher ein Kauf als hinfällig erklärt, als die behördliche Konzession zum Betriebe eines Restaurants verweigert worden ist, für den die Gegenstände erworben wurden.⁵⁰⁾ Ebenso sagt Dernburg: „das preussische Recht . . . erklärt im Gegensatze gegen das römische Recht die Rückforderung des Geleisteten schlechthin für zulässig, wenn der ausdrücklich erklärte oder stillschweigend verstandene sekundäre oder primäre Endzweck des Geschäfts in Folge zufälliger Umstände nicht erreicht wird.“⁵¹⁾ Auch Windscheid drückte sich früher in dieser Weise aus,⁵²⁾ vermeidet dies aber jetzt mit Absicht.⁵³⁾

Besondere Beachtung verdient die Voraussetzung der rechtzeitigen Erfüllung bei zweiseitigen Verträgen. Nach Art. 1184 C.N. steht bei synallagmatischen Verträgen jedem Contrahenten im Falle der Säumniss des anderen Theiles das Rücktrittsrecht zu, das in derselben Gesetzesstelle auf eine „stillschweigende Resolutivbedingung“ zurückgeführt wird. In dieser Allgemeinheit ist das jedenfalls unrichtig: als vereinbart kann eine Resolutivbedingung dieses Inhalts mit nichten bei jedem synallagmatischen Verträge gelten, und es ist zweifellos, dass das Gesetzbuch hier nicht auslegt sondern hineinlegt. Diese Bestimmung muss zu Härten führen, die allerdings durch den Schlusssatz des Artikels, der dem Richter das Recht einräumt, der säumigen Partei angemessene Fristen zu gewähren, einigermaassen gemildert werden mögen.

⁵⁰⁾ Braun und Blum I, 97, namentlich S. 100 (1879).

⁵¹⁾ Dernburg § 93.

⁵²⁾ Vergl. die oben S. 14 zu Note 40 zitierte Stelle aus der Schrift: Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung.

⁵³⁾ Windscheid § 98.

Andererseits würde man auch zu weit gehen, wenn man dem nicht säumigen Kontrahenten unter allen Umständen das Recht verweigern wollte, im Falle des Verzuges des anderen Kontrahenten vom Vertrage zurückzutreten. Ein Rücktrittsrecht kann von den Parteien für den Fall des Verzuges des einen oder anderen Theiles ausdrücklich vereinbart sein, es kann sich aber auch aus der Interpretation des Vertrages ergeben. Ob dem nichtsäumigen Kontrahenten das Rücktrittsrecht zusteht oder nicht, in welcher Weise es ihm zusteht, ob eine Kündigung vorausgesetzt wird oder nicht, das alles ist ausschliesslich Frage der Vertragsinterpretation.⁵⁴⁾ Schon die Quellen stehen auf diesem Standpunkte, indem sie dem Pächter wohl das Recht des Rücktritts vom Pachtvertrage einräumen, wenn ihm während der mehrjährigen Pachtperiode das verpachtete Gut jahrelang vorenthalten wurde, nicht aber wenn der Verpächter bloss kurze Zeit im Verzuge war: wohl im Einklange mit dem Parteiwillen.⁵⁵⁾ Es wird offenbar vorausgesetzt, dass die Parteien ein Rücktrittsrecht nur im Falle einer längeren Verhinderung der Ausübung wollen konnten. Eine andere Stelle spricht das Rücktrittsrecht einer Frauensperson, die sich verpflichtet hatte, das Eigenthum eines von ihr im Auftrage eines Dritten gekauften Gartens dann auf den Auftraggeber zu übertragen wenn dieser den Kaufpreis an einem bestimmten Tage erlegt, in dem Falle ab, si non multo post obtulisset nec mulieris quicquam propter eam moram interesset: quod omne ad iudicis cognitionem remittendum est.⁵⁶⁾ Es ist damit der freien Beurtheilung des Richters anheimgegeben, ob die Leistung noch zu einer solchen Zeit angeboten wurde, dass sie als rechtzeitig, daher vertragsmässig betrachtet werden kann.

Diesem Grundsätze gemäss nahm der Brüsseler Kassationshof an, dass ein Fabrikant, der einen Vertrag abschloss über die Lieferung von Rohmaterialien in sechsmonatlichen Raten, nicht verpflichtet war, denselben gelten zu lassen, nachdem der Lieferer trotz der rechtzeitigen Mahnung die erste Rate erst nach fünf Monaten geleistet hatte. Denn der Fabrikant wollte ja eben mit Rohmaterialien für den

⁵⁴⁾ Windscheid § 280, Note 1. Kniep Mora II, S. 340 ff., der stets eine Kündigung voraussetzt; vergl. § 306, I, 5, P.L.R. Nicht hierher gehört Seuffert XXXIII, 294, Wolfenbüttel 877, wie überhaupt alle Fälle, in denen der Anspruch auf die Leistung nicht mit Rücksicht auf den präsumptiven Parteiwillen, sondern infolge des Ablaufs der Zeit verwirkt wird. Hiervon wird an anderer Stelle die Rede sein.

⁵⁵⁾ Fr. 24, § 4 loc. 19. 2; vergl. darüber Kniep a. a. O. S. 366.

⁵⁶⁾ Fr. 135, § 2 de V.O. 45. 1.

regelmässigen Betrieb seiner Fabrik während der sechs Monate versehen werden. Dieser Zweck des Vertrags ist durch Versäumung der Lieferung während der ersten fünf Monate hinfällig geworden. Die ganze Oekonomie des Vertrags erscheine infolge dessen zerstört.⁵⁷⁾ Ein Urtheil des O.L.G. Braunschweig lässt sogar den einseitigen Rücktritt ganz allgemein im Falle ungehöriger Erfüllung des mit dem Leibgedingvertrage verbundenen Verpflegungsvertrages zu.⁵⁸⁾ Aber auch dann, wenn der Rücktritt nicht ausdrücklich erklärt worden ist, muss dem nichtsäumigen Kontrahenten dieses Recht zugestanden werden, sobald sich aus dem Vertrage entnehmen lässt, dass dieser sich nur in einem bestimmten Zeitpunkte oder innerhalb einer bestimmten Frist erfüllen lässt. Dies schreibt das Handelsgesetzbuch für Fixgeschäfte ausdrücklich vor. Doch haben wir es hier keineswegs mit einer Eigenthümlichkeit des Handelsrechts zu thun. Wer einen Hochzeitsfrack bestellt, braucht ihn gewiss nicht anzunehmen, wenn ihm die Leistung erst nach der Hochzeit angeboten wird,⁵⁹⁾ und ein Diner kann ohne weiteres zurückgewiesen werden, wenn es um Mitternacht geliefert wird. Das österreichische bürgerliche Gesetzbuch räumt dem nichtsäumigen Kontrahenten das Rücktrittsrecht eigenthümlicher Weise bloß beim Mieth- und Lohnvertrage ausdrücklich ein. (§ 1177 u. 1156 österr. B.G.B.) Es unterliegt jedoch keinem Zweifel, dass es bei jedem anderen Vertrage der Sachlage entsprechen kann.⁶⁰⁾

In solchen Fällen spricht man häufig von einem „stillschweigenden“ Rücktritt. Selbstverständlich kann jedoch hier von einem stillschweigenden Rücktritte oder einem Rücktritte überhaupt nicht recht eigentlich die Rede sein. Die *lex contractus* geht in allen bisher besprochenen Fällen dahin, dass nur eine rechtzeitige Leistung als vertragsmässig gelten kann; jede andere Leistung ist höchstens *datio in solutum*, die der nichtsäumige Kontrahent nach allgemeinen Grundsätzen ohne weiteres zurückweisen kann.

⁵⁷⁾ Dalloz 85, I, 4. Kassationshof Brüssel.

⁵⁸⁾ Seuffert XXXV, 275. Braunschweig 1880.

⁵⁹⁾ Vergl. A.C. VIII, 1461 (1889).

⁶⁰⁾ § 1413 österr. B.G.B. Dieser Stelle zufolge kommt es darauf an, ob die angebotene Leistung „etwas anderes“ ist, als der Gläubiger zu fordern hat (Worte: „dieses gilt auch von der Zeit, die Verbindlichkeit zu erfüllen.“) § 919 B.G.B. kann daher nur dort Anwendung finden, wo der § 1413 mit Rücksicht auf das Ergebniss der Vertragsauslegung keine Anwendung findet. Vergl. Hasenöhr I, S. 348 ff.

Eingehend beschäftigt sich mit dieser Frage in Anwendung auf den Gläubiger das O.G. Wolfenbüttel, welches die Klage eines Leibzüchters auf nachträgliche Berichtigung von Prästationen aus folgenden, den Thatbestand klarlegenden Gründen zurückwies: „Wenn Kläger, obgleich in demselben Dorfe wohnhaft und zum Holen verpflichtet, nicht zur richtigen Zeit hingingen und das jährliche Schwein, die vier Gänse jährlich, die Eier und das Obst abholten, so mussten sie sich doch vernünftiger Weise sagen, dass alle diese Gegenstände verfaulen resp. ein solches Alter erreichen und dabei so viele Fütterungskosten verursachen würden, dass sie nichts Brauchbares mehr erhalten, resp. Schaden haben würden; denn dass der Beklagte verpflichtet gewesen sei, um solche Nachtheile von den Klägern abzuwenden, ihnen das Schwein, die Gänse, Eier, Obst auf einen fremden Hof hinzubringen, kann nicht behauptet werden und musste den Klägern bekannt sein. Bei diesen Gegenständen ist daher schon durch Untergang des Objekts, welchem die Kläger durch eigene Thätigkeit hätten vorbeugen müssen, die Verbindlichkeit aufgehoben. — In Erwägung nun, dass die Kläger mit dem Beklagten nahe verwandt sind, zur Zeit der Fälligkeit jener Rückstände wohlhabend und in demselben Dorfe wohnhaft, mit dem, was zur Erlangung jener Gegenstände erforderlich war, genau bekannt und vertraut waren, es ihnen auch nicht unbekannt bleiben konnte, was bei ihrer Unthätigkeit aus den Gegenständen werden musste, und dass solche, da sie dieselben nicht abforderten, resp. zur Vorbereitung künftiger Ernten und zu den Ernten selbst nichts thaten, von ihrem Sohne, resp. Stiefsohne genutzt wurden, und sie dies jahrelang duldeten, muss angenommen werden, dass Kläger damals und bis zum Jahre 1854 auf diese Leistungen verzichtet haben.“⁶¹⁾ Der Grundgedanke dieser Ausführungen ist jedenfalls richtig: das Prinzip, dass der Schuldner nie durch den Verzug des Gläubigers an sich befreit wird, kann dort keine Anwendung finden, wo die Erfüllung der Obligatio nach dem Willen der Parteien nur in einem einzigen Zeitpunkte möglich war. Unrichtig ist jedoch die Begründung durch den stillschweigenden Verzicht des Gläubigers. Die Befreiung des Schuldners würde ebenso eingetreten sein, wenn der Gläubiger infolge eines von seinem Willen unabhängigen Ereignisses verhindert wäre, die Leistungen zu beziehen: ausschliesslich aus dem Grunde, weil dies vereinbart war. Es handelt sich hier eben nur um die Interpretation eines Vertrages.

⁶¹⁾ Seuffert XIII, 156 O.G. Wolfenbüttel 1856.

Endlich soll noch die stillschweigende Subrogation erwähnt werden. Die französische Rechtsprechung hält konsequent an dem Grundsatz fest, dass die Gattin, die für eine mit ihrem Gatten solidarisch aufgenommene Verbindlichkeit eine Hypothek bestellt, dadurch diese in ihre gesetzliche Hypothek an den Gütern des Mannes stillschweigend subrogirt.⁶²⁾ Diese stillschweigende Subrogation ist, wie eine Lyoner Entscheidung⁶³⁾ richtig bemerkt, nichts als eine Zusammenziehung mehrerer Willenserklärungen: dadurch dass die Gattin als Solidarschuldnerin mitgewirkt hat bei der Bestellung der Hypothek, erklärte sie zugleich, sie wolle von ihrer gesetzlichen Hypothek gegenüber dem Gläubiger ihres Mannes, der auch ihr Gläubiger ist, keinen Gebrauch machen.

Minder verbreitet ist der Ausdruck: stillschweigende Willenserklärung zur Bezeichnung einer Fiktion des Willens, die zu dem Zwecke geschieht, um Rechtsfolgen als gewollt hinzustellen, welche den wirthschaftlichen Willen der Parteien annähernd zur Geltung bringen, wenn auch die Parteien in Wirklichkeit gar nicht an dieselben gedacht haben. Aber auch in diesem Sinne findet sich der Ausdruck schon in den Quellen. Wenn diese annehmen, dass der Verkäufer der Erbschaft, welcher eine zur Erbschaft gehörige Sache nachträglich an einen Dritten verkauft hatte, eine Geschäftsführung für den Erbschaftskäufer besorgen wollte, und dieses auf eine stillschweigende Vereinbarung des Verkäufers und des Käufers der Erbschaft zurückführen, so ist diese offenbar nur ein verschleiender Ausdruck für die Fiktion einer derartigen Vereinbarung. Die empirische Absicht der Parteien geht hier dahin, den Käufer so zu stellen, als ob er wirklich Erbe wäre. Der Verwirklichung dieser Absicht wären die Parteien verhältnissmässig am nächsten gekommen, wenn sie vereinbart hätten, dass etwaige Veräusserungen von Erbschaftssachen so behandelt werden sollen, als ob sie der Erbe nur als Mandatar vorgenommen hätte, — da sie aber eine solche ihrer empirischen Absicht entsprechende Vereinbarung nicht getroffen haben, so wird

⁶²⁾ Vergl. fr. 12, quib. mod. pig. v. hyp. 20, 6. Diese Stelle lässt keine Subrogation zu, fr. 12 § 4 qui potior 20. 4, erklärt dies für eine questio facti; Dalloz 48, II, 185 Orléans: att. qu. qu'il a été reconnu par la jurisprudence et la doctrine

⁶³⁾ Dalloz 55, II, 177, Lyon 1850; vergl. ferner: Dalloz 80, II, 242, Dijon und die dort Note 1 zitirten; Dalloz 56, II, 99, Nimes; Berl. O.T. XLVIII, S. 341 (1862).

sie eben in ihre Erklärung hineininterpretirt: *at cum hereditas venit tacite hoc agi videtur, ut, si quid tamquam heres feci, id praestem emptori, quasi illius negotium agam*,⁶⁴⁾ obwohl die Parteien an eine solche Klausel kaum je gedacht haben dürften. Hierher gehört auch die *tacita traditio*, die Gaius erwähnt.⁶⁵⁾ Die Parteien, welche eine *societas omnium bonorum* eingehen, beabsichtigen an allen ihnen gehörigen Sachen das Miteigenthum für alle *socii* zu begründen. Dies würde eine Tradition voraussetzen. Da eine solche hier, wo es sich häufig um grosse Vermögensmassen handelte, unter Umständen ganz unmöglich gewesen sein dürfte, so wurde dem Parteiwillen in der Weise Rechnung getragen, dass eine *traditio* ganz einfach fingirt wurde.

In der modernen Rechtsprechung findet sich ein ähnlicher Gebrauch des Ausdrucks „stillschweigend“ ebenfalls verhältnissmässig selten. Als Beispiel sei hier eine Entscheidung des O.A.G. Dresden angeführt. Nachdem ausgeführt wurde, dass aus dem Uebereinkommen über die Führung einer gemeinschaftlichen Firma die solidarische Haftung der Gesellschafter folgt, wird bemerkt: „Dasselbe Verhältniss, welches entsteht, wenn die *socii* wegen Führung einer Firma für das gemeinschaftliche Geschäft sich vereinigt haben, tritt auch dann ein, wenn die *socii* dahin übereingekommen sind, dass jeder einzelne von ihnen berechtigt sein sollte, im Namen der Gesellschaft zu kontrahiren; denn was in dem Uebereinkommen über die Firma stillschweigend enthalten ist, erscheint hier als Gegenstand eines ausdrücklichen Uebereinkommens.“⁶⁶⁾ Es ist klar, dass das, was angeblich in der Erklärung stillschweigend enthalten sein soll, in That und Wahrheit in dieselbe hineininterpretirt worden ist.

Dagegen spielt die „stillschweigende Willenserklärung“ dieser Art in der Literatur eine nicht unbedeutende Rolle. Auf ihr beruht der grösste Theil der sogenannten konstruktiven Jurisprudenz. Ich beschränke mich auf folgende Beispiele: Die „stillschweigende Garantieübernahme“, auf welche Regelsberger,⁶⁷⁾ sowie Windscheid früher⁶⁸⁾ und theilweise auch jetzt⁶⁹⁾ die Haftung für das negative

⁶⁴⁾ Fr. 21 § 2 de her. vel act. vend. 18. 4.

⁶⁵⁾ Fr. 2 pro socio 17. 2; dagegen Windscheid § 171.

⁶⁶⁾ Seuffert IX, 328. Dresden 854.

⁶⁷⁾ Zivilistische Erörterungen, S. 33.

⁶⁸⁾ § 307, N. 5.

⁶⁹⁾ Haftung des falsus procurator für pos. Interesse: § 74, N. 7a: Ueber diesen Fall vergl. insbesondere Mitteis, die Lehre von der Stellvertretung, S. 165.

Vertragsinteresse zurückführen, ist zweifellos eine zu konstruktiven Zwecken herangezogene Fiktion. Es genügt in dieser Beziehung auf die Worte Ungers hinzuweisen, welche sich auf die in den Motiven des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich enthaltene Rechtfertigung der Haftung des falsus procurator beziehen: „Ein solches stillschweigendes Garantieverprechen kann zur Noth die Theorie unterstellen, obwohl sich dasselbe in den meisten Fällen als eine Fiktion erweisen wird, um auf diesem Wege eine sonst nicht konstruierbare Haftung des falsus procurator ohne Verschulden und auf positives Vertragsinteresse zu erzielen.“⁷⁰⁾

Bekanntlich fasst ferner Bähr die Schuldübernahme so auf, als würde der Schuldner den Gläubiger ermächtigen, gegen den Uebernehmer seinen Anspruch auf Befreiung als sein Vertreter geltend zu machen, Zaun dagegen konstruiert ihn als thatsächliche Zession des Anspruchs. Darüber sagt Menzel: „Die stillschweigende Ermächtigung des Gläubigers, welche im Uebernahmevertrag liegen soll, ist nicht minder eine Fiktion, als die thatsächliche Zession Zauns, eine Fiktion, welche der Absicht der Kontrahenten in der Regel nicht entsprechen wird.“⁷¹⁾

In allen diesen Fällen besteht die Thätigkeit des Juristen darin, dass er eine einheitliche Willenserklärung als komplexe Willenserklärung auffasst; da nämlich der wirthschaftliche Zweck, den die Parteien im Auge hatten, nur erreicht werden kann durch Kombination der Rechtsfolgen zweier unter verschiedene juristische Begriffe fallender Rechtsgeschäfte, so sucht man diesen Erfolg herbeizuführen, indem man annimmt, die Parteien hätten geglaubt, nur ein einziges Geschäft abzuschliessen, in Wirklichkeit hätten sie jedoch in dem einen „stillschweigend“ noch ein zweites abgeschlossen, und die Rechtsfolgen beider Geschäfte ergäben denjenigen Rechtserfolg, welcher der empirischen Absicht der Parteien entspricht. Dies hat Regelsberger im Sinne, wenn er sagt: „eine stillschweigende Vertragserklärung durch Worte könne nur an eine ausdrückliche Erklärung im Vertragsverhältnisse anknüpfen.“⁷²⁾

⁷⁰⁾ Jhering's Jahrb. XXX, S. 382. Im wesentlichen übereinstimmend. Mitteis a. a. O.

⁷¹⁾ Menzel in Grünhut's Zeitschr. Bd. XI, S. 584. Aehnliche Bemerkungen: Sohm, in Goldschmidt's Zeitschr. XVIII, S. 96, mit Bezug auf die „Fiktion“ Regelsberger's.

⁷²⁾ Regelsberger Zivilrechtliche Erörterungen, Heft I, S. 9.

b) Indizien des inneren Willens.

Für die Interpretation der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung sind in erster Linie die dabei gebrauchten Ausdrücke massgebend: ihre Bedeutung besteht darin, dass sie für denjenigen, an welchen sie gerichtet werden, ein Mittel sind, den Willen des andern Theiles zu erkennen. Sie sind es jedoch für denselben nicht allein, sondern im Zusammenhange mit allen Umständen, im Zusammenhange mit dem ganzen begleitenden Vorgange, insofern dieser dem andern Theile bekannt ist.¹⁾ Dieselbe Erklärung wird eine andere Bedeutung haben, je nachdem sie in der Kanzlei eines Anwalts oder auf einem Sommeraufenthalte abgegeben wurde; die sechs Worte: „ich gebe Dir diese hundert Gulden,“ bedeuten im Munde des Vaters vielleicht eine Schenkung, im Munde eines Freundes ein unverzinsliches Darlehen, im Munde eines Wucherers den Abschluss eines harten Wuchergeschäfts. Bei der Interpretation der Willenserklärungen muss all dies erwogen werden: *utrum autem in rem an in personam pactum factum non minus ex verbis quam ex mente convenientium aestimandum est.*²⁾

So nehmen beispielsweise die Quellen an, dass die Gläubigerin und zugleich Gattin des Pfandschuldners, indem sie zusammen mit demselben das ihr von ihm verpfändete Grundstück der gemeinsamen Tochter als Mitgift bestellte, dadurch auf ihr Pfandrecht verzichtete.³⁾ Hier spielt offenbar der Umstand eine grosse Rolle, dass ein Geschäft zwischen dem Gatten und der Gattin, zwischen Mutter und Tochter vorliegt. In einem Falle, wo es sich darum handelte, ob ein Geldbetrag als Darlehen, wie einerseits, oder als Schenkung bzw. als Bezahlung einer Schuld, wie andererseits behauptet worden ist, gegeben wurde, wird in folgender Weise argumentirt: „Wenn die Vermögensverhältnisse und die gegenseitigen Beziehungen der Parteien von der Art sind, dass schon dadurch die Entstehung der Darlehensverpflichtung von seiner (des Klägers) Seite in hohem Grade unwahrscheinlich ist, so stellt sich die Möglichkeit, dass Kläger den in Rede stehenden beträchtlichen Betrag von seinem Vermögen als unentgeltliche, rein schenkungsweise Gewährung übernommen habe, entschieden als noch

¹⁾ Vergl. Leonhard, Irrthum, S. 209. Regelsberger, Zivilrechtliche Erörterungen, S. 21. Rittner, österr. Eherecht, S. 163.

²⁾ Fr. 7, § 8 de pactis 2. 14.

³⁾ Fr. 11 quom. pig. v. hyp. solv.

ferner liegend dar. Es ist auch irgend ein Schuldverhältniss, von welchem Beklagter sich zu liberiren beabsichtigt haben könnte, aus den Akten nicht zu ersehen. Wenn der Kläger, ein häufiger Gast in der Wirthschaft des Beklagten, der Sohn des Grundbesitzers und Verpächters des Beklagten, verlangt hat, er solle ihm die Geldsumme geben, und wenn Beklagter diesem Verlangen entsprochen hat, so kann nicht angenommen werden, dass die Absicht der Kontrahenten auf etwas anderes als auf darlehensweise Gewährung des Geldes gegangen sei, und dass die Absicht nur um dessen Willen nicht ausgesprochen worden ist, weil sie von beiden ihren gegenseitigen Beziehungen und Verhältnissen nach als selbstverständlich vorausgesetzt worden ist.“⁴⁾

Von diesen bei der Interpretation des Vertrages in Betracht kommenden Umständen ist zunächst einer von allgemeiner Bedeutung: die dem definitiven Vertragsabschlusse vorhergehenden Unterhandlungen. Das Reichsoberhandelsgericht nahm hauptsächlich auf Grund derselben einmal an, dass der Vertrag, welcher in der hierüber aufgenommenen Urkunde ausdrücklich und in einer sich an den Wortlaut des Art. 339 H.G.B. anschliessenden Weise als Kauf zur Probe bezeichnet wurde, in Wirklichkeit ein Kauf auf Probe gewesen sei.⁵⁾ Ebenso werden aber auch nachträgliche Aeusserungen, Briefe, das ganze nachträgliche Verhalten der Parteien, häufig für die Interpretation der Willenserklärung verwerthet. Ich erwähne beispielsweise, dass für die Bejahung der Frage, ob der Preis der Kistchen, in welchen die Waare eingepackt war, und in welchen sie gehandelt wird, schon in den Preis der Waare eingerechnet wurde, unter anderen auch der Umstand angeführt wird, dass dieselben in der Faktura nicht besonders berechnet worden sind: hiermit habe der Verkäufer selbst die ihm ungünstige Auffassung als verbindlich anerkannt.⁶⁾ In ähnlicher Weise argumentirt das O.T. Stuttgart ex post. Eine Verkaufs-offerte über eine grössere Waarenquantität wurde bloss theilweise akzeptirt. Die Frage, ob darin eine Annahme der Offerte oder eine Ablehnung der Offerte verbunden mit einem neuen Antrage vorliege, wurde im Sinne der ersten Alternative entscheiden, vor allem

⁴⁾ Sächs. XXVII, 24 (1869); vergl. ferner: Seuffert XL, 11 O.A.G. Celle (1885), für das römische Recht vergl. Pernice Labeo II, S. 112 und die dort angeführten Beispiele.

⁵⁾ R.O.H.G. II, 188 (1871).

⁶⁾ R.O.H.G. XI, 106 (1873), ebenso auch R.O.H.G. X, 176 (1873).

deswegen, weil nicht anzunehmen sei, dass der Offerent schon eine theilweise Annahme der Offerte vorbehaltlos zulassen wollte. In der Folge beruft sich jedoch das Gericht auch auf die nachfolgende Korrespondenz, aus der es schliesst, dass die streitenden Parteien die Sache selbst gar nicht anders verstanden haben.⁷⁾

Auch der auf Grund solcher Indizien ermittelte Willen wird als stillschweigend erklärt bezeichnet. Schon die Quellen drücken sich in dieser Weise aus, indem sie in einem Falle, wo der innere Wille der Parteien offenbar aus den Umständen ermittelt wurde, sagen: *tacito intellectu actum est*.⁸⁾ Das O.A.G. Dresden bezeichnete in der schon oben erörterten Entscheidung das Darlehen, welches durch blosse Hingabe einer Summe auf Verlangen des anderen Theils abgeschlossen worden ist, als ein durch stillschweigende Erklärung begründetes, obwohl hierbei nur der innere Wille aus Indizien entnommen wurde. Das Reichsgericht spricht von der Möglichkeit der stillschweigenden Bestellung einer *dos* in einem Falle, in welchem es sich nur darum handelte, ob Thatsachen, also Indizien, vorhanden waren, aus denen der Wille des Vaters der Klägerin hervorginge, die nach Inhalt des Schuldscheins als Darlehen bezeichnete Summe dem Beklagten als Heirathsgut für seine Tochter zu geben.⁹⁾ Vom O.A.G. Dresden wird „bei dem Mangel ausdrücklicher Stipulationen“ aus folgenden „konkludenten Handlungen und sonstigen Umständen“ der Wille, einen Kauf nach Probe abzuschliessen, gefolgert: dass der Agent des Verkäufers nicht etwa eine Musterkarte, sondern ein einzelnes Muster einer bestimmten Sorte vorgelegt hat, — „es handelte sich hier nach nicht wohl um eine allgemeine Orientirung des Beklagten, dazu war schon die spezielle Bezeichnung der Waaren im Handel genügend, sondern um eine gewisse Feststellung der Qualität“, — ferner werden zwei Schreiben des Verkäufers an den Käufer erwähnt, aus denen hervorging, dass der erstere selbst gar nicht bezweifelte, dass er verpflichtet sei, genau dem vorgelegten Muster gemäss zu liefern: denn im ersteren berief er sich zur Ablehnung der Einwände des Käufers lediglich auf die Mustermässigkeit, im zweiten erklärt er, dass, wenn der Käufer auf seine Propositionen nicht eingehen sollte, er seinen Agenten beauftragen würde, die Sache zu untersuchen

⁷⁾ Busch XIII, 216 ff., O.H.G. Stuttgart 1867; vergl. auch Striethorst LXXXVII, 201 (1873) am Schlusse; ferner Berl. O.T. XXXIII, S. 353 (1855).

⁸⁾ Fr. 60, § 3 mand. 17. 1.

⁹⁾ R.G. XIV, 220 (1885).

und dabei die Muster, worauf bestellt wurde, als Grundlage zu nehmen.¹⁰⁾

Aus der Litteratur erwähnte ich folgende Ausführung Ruhstrats: „Ich bemerke noch, dass der Prätor den Institor und Magister auch dann als Stellvertreter behandelte, wo die beiderseitige Bezugnahme auf den Prinzipal eine stillschweigende war und nur aus den Umständen hervorging, wo sie z. B. nur dadurch hervortritt, dass der Institor im Geschäftslokale des Prinzipals kontrahirte.“¹¹⁾ Auch Ruhstrat versteht hier offenbar unter einer stillschweigenden Willenserklärung die Umstände, aus denen auf den Sinn einer ausdrücklichen Erklärung geschlossen wird.

Welche Bedeutung haben nun Indizien des inneren Willens im Vertragsrechte? Unter den hier erörterten Fällen befindet sich kein einziger, bei dem der Wille, ein Rechtsgeschäft abzuschliessen, nicht erklärt, sondern aus Indizien erschlossen worden wäre. Nur für die Interpretation des bereits in verbindlicher Weise erklärten rechtsgeschäftlichen Willens werden Indizien verwerthet.

2. Die Mittel der Erklärung.

a) Wort und Wille.

Die Willenserklärung besteht in Handlungen, die von der Partei zu dem Zwecke vorgenommen werden, um ihrem rechtsgeschäftlichen Willen in verbindlicher Weise Ausdruck zu verleihen. Die wichtigste Gattung dieser Handlungen ist das Aussprechen von Worten. Die Aufgabe der Interpretation der Willenserklärung ist, aus diesen Handlungen den inneren Willen zu erschliessen.

Wie wird aber der Schluss aus der Erklärung auf den Willen gezogen?

Die moderne rechtswissenschaftliche Literatur, der man eine Unterschätzung der mit dem Problem des Rechtsgeschäfts zusammenhängenden Fragen wahrlich nicht zum Vorwurfe machen kann, hat

¹⁰⁾ Busch XIII, 133, Dresd. 1866 (Gründe des A.G. Zwickau 1865), Seuffert XXXIII, 268 (1876) (nachfolgende Aeusserungen im Prozesse).

¹¹⁾ Ruhstrat in Jhering's Jahrb. XXVI, S. 469, dagegen vermeidet diesen Ausdruck in einem ähnlichen Zusammenhange wohl nicht ohne Absicht: Exner, Tradition, S. 55, Text und Note 20, 21. Ebenso Laband in Goldschmidt's Zeitschr. IX, S. 210.

es eigenthümlicher Weise stets vermieden, dieser Seite der Lehre von der Interpretation der Willenserklärung näher zu treten. Abgesehen von Leonhard, der in seiner Schrift: der Irrthum bei nichtigen Verträgen, diese Lehre erheblich gefördert hat, ohne sich ex professo mit ihr zu beschäftigen, beschränkt man sich beinahe überall darauf, die bekannten Quellenstellen zu reproduziren und mit einigen Randglossen zu versehen.¹⁾

Nur die Disziplin des Handelsrechts hat jenem Bruchtheil dieses Problems, welcher innerhalb ihres Spezialgebiets liegt, der Lehre von der Usance, seit jeher die gebührende Aufmerksamkeit gewidmet und es zu einer verhältnissmässig hohen Ausbildung gebracht. Die Ergebnisse, zu denen man hier gelangte, sind jedoch keineswegs bloss für das Handelsrecht von Bedeutung; sie enthalten vielmehr den Kern einer allgemein giltigen Lehre von der Interpretation der Verträge. Es mag daher gestattet sein, zunächst die handelsrechtliche Lehre von der Usance zur Darstellung zu bringen, um das, was an derselben sich als unanfechtbar und allgemein gültig erweist, für die allgemeine Lehre von der Interpretation zu verwerthen.²⁾

Nach handelsrechtlicher Lehre ist zunächst der Handelsgebrauch, die sogenannte Usance, maassgebend für die Bedeutung gewisser Ausdrücke, Handlungen und Unterlassungen bei Rechtsgeschäften des Handelsverkehrs. Daraus, dass derjenige, welcher einen gewissen Willen hat, sich im Handelsverkehr in der Regel gewisser Ausdrücke bedient, gewisse Handlungen vornimmt und andere unterlässt, schliesst man im einzelnen Falle, dass jeder, welcher sich gewisser Ausdrücke bedient, gewisse Handlungen vorgenommen, oder unterlassen hat. in der That diesen Willen gehabt habe, und dass er sich der Ausdrücke zu dem Zwecke bedient, die Handlungen zu dem Zwecke vorgenommen oder unterlassen habe, um diesen seinen Willen zu erklären. Aus dem Regelmässigen, Gewöhnlichen wird der Schluss auf das im konkreten Falle Gewollte gezogen.³⁾

Demgemäss werden denn auch die Ausdrücke, welche die Parteien bei rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen im Handelsverkehre gebrauchen von der Theorie und Praxis des Handelsrechts in der

¹⁾ Reichhaltiger ist Hölder, Pandekten S. 291.

²⁾ Zum Nachfolgenden namentlich zu vergleichen die Darstelluung bei Goldschmidt, Handbuch 2. Aufl. S. 330 ff.

³⁾ Vergl. Regelsberger in Endemann's Handbuch II, S. 390 ff., Z. 4. Seuffert XXXVI, 173, R.G. (1881).

Bedeutung genommen, welche ihnen nach der Usance zukommt. So wurde angenommen, dass gemäss den Königsberger Handelsgebräuchen für eine sofort zu leistende Handlung immer ein mässiger Zeitraum und regelmässig mindestens eine 24 bis 36 stündige Frist zu gewähren und unter dem Ausdrücke „Börsennotiz“ die Notiz in derjenigen Rubrik des amtlichen Börsenberichts zu verstehen sei, welche „bezahlt“ überschrieben ist.⁴⁾ Bei einer mit dem Beisatze „frei bleibend“ geschehenen Offerte hat „nach der im Handelsverkehre geltenden Auffassung der Antragsteller die Verpflichtung sich über die erfolgte Annahme sofort ablehnend zu äussern, da sonst der Vertrag als perfekt gilt.“⁵⁾ „Gute Waare“ bedeutet nach einer im Getreidegeschäft allgemein üblichen Usance soviel wie Prima-Waare,⁶⁾ die in einen Kaufvertrag aufgenommene Vereinbarung: „Preise in österreichischer Währung, Bahnstation Kutenberg“ haben die Sachverständigen nach kaufmännischem Gebrauche dahin ausgelegt, dass in den angesetzten Preisen der Frachtsatz bis zur Bahnstation mitinbegriffen wurde, somit die Preise mit Rücksicht auf diesen Frachtsatz berechnet worden sind.⁷⁾ Ein Ballen Garn enthält einer Usance zufolge zwanzig Schock.⁸⁾ Als an der Leipziger Garnbörse noch nach englischem Maass und Gewicht gehandelt wurde, wurde dort ein Kauf stets dahin interpretirt, dass die Parteien das englische Maass und Gewicht zu Grunde gelegt hätten.⁹⁾ Bei der Interpretation des Kaufs einer Quantität Weizen wurde vom Gerichte angenommen, der vereinbarte Kaufpreis von 25 Mk. gelte für 100 Kilo, obwohl hiervon beim Abschlusse nicht die Rede war: da der Weizen in jener Gegend stets pr. 100 Kilo verkauft wird und derjenige, der den Preis angab, das handelsübliche Gewicht als der Preisbestimmung zu Grunde gelegt annehmen musste.¹⁰⁾ Wer Goldwaare verkauft, verkauft 14 karätige Waare.¹¹⁾ Nach der Usance des französischen Getreidehandels kann der Offerent die ihm

⁴⁾ R.O.H.G. IV, 358 (872).

⁵⁾ Seuffert XXI, 450, Nürnberg (1868), Entsch. d. H.A.G. Nürnberg II, 390; Seuffert XXV, 166, Nürnberg (1868).

⁶⁾ Seuffert XXXI, 263, A.G. Celle (1875).

⁷⁾ G.U. XV, 6453 (1877).

⁸⁾ Sächs. XXVI, 478 (1864).

⁹⁾ Sächs. XXXIV, 37 (1869).

¹⁰⁾ Busch XLI, 300, Nürnberg (1878).

¹¹⁾ Busch XVIII, 242, Nürnberg 1867 = Entsch. H.A.G. Nürnberg, I, 530.

zum Verkaufe angebotene Waare als sofort zur Verfügung stehend betrachten.¹²⁾

Das Wesen der Handelsusance erhellt aus diesen Beispielen wohl zur Genüge. Sie ist eigentlich nichts als der spezielle Sprachgebrauch des Handels. In allen vorbenannten Fällen handelte es sich stets darum, was gewisse Ausdrücke und Wendungen: „Börsennotiz“, „freibleibend“, „gute Waare“, „Preise in österr. Währung, Bahnhofstation Kuttendorf“, „Ein Ballen Garn“ „25 Mark“ als Preisbestimmung beim Weizenkauf, im Handelsverkehre bedeuten. Hierfür wurde die Handelsusance als allein maassgebend erklärt. In den eingehender begründeten Entscheidungen wird dies mit klaren Worten gesagt. So bemerkt das Reichsoberhandelsgericht, indem es den Beweis darüber zulässt, dass demjenigen, der sich zu einer sofort zu leistenden Handlung verpflichtet, nach der Usance regelmässig 24 bis 30 Stunden Frist zu gewähren ist: „Es würde dann (wenn der Beweis über die Usance erbracht wäre) keinem Bedenken unterliegen, von der Annahme auszugehen, auch die Parteien hätten das Wort ‚sofort‘ in diesem Sinne verstanden.“¹³⁾ Sehr interessant ist in dieser Richtung eine Entscheidung des ostpreussischen Tribunals, welche wörtlich lautet: „Die technischen Beisitzer des Kammerkollegiums haben sich dahin ausgesprochen, dass der Ausdruck ‚wie besehen‘ im Handelsverkehre die Bedeutung habe, dass die Waare vom Käufer besehen, geprüft und genehmigt sei, so dass dem Käufer bei einem solchen Schlussscheine nicht zustehe, Einwendungen gegen die Qualität der gekauften Waare zu erheben. Wenn nun Beklagter dieses Gutachten in zweiter Instanz nicht gelten lässt, sondern sich auf zwei Sprachprofessoren beruft, so widerspricht dies dem Art. 278 und 279 H.G.B., da es lediglich auf die Ermittlung gerade des kaufmännischen Sprachgebrauchs ankam und hierbei Kaufleute die zuverlässigsten Sachverständigen sind.“¹⁴⁾

¹²⁾ Dalloz 77, II, 11 (1874); ähnlich Dalloz 69, I, 170.

¹³⁾ R.O.H.G. IV, 358 (1874); ebenso Busch V, 322 ff., Nürnberg (1864). „Unter einer sofortigen Effektuirung der Bestellung wird eine solche verstanden, welche vorzunehmen ist, sobald es dem Adressaten bei dem gewöhnlichen nach Art und Umfang des Geschäfts zu bemessenden Geschäftsgange möglich ist“. Soll mit der ersten sich darbietenden Gelegenheit die Sendung der Waare oder mindestens Nachrichtertheilung erfolgen, so wird dies stets durch einen hierauf gerichteten Beisatz angedeutet.

¹⁴⁾ Busch XII, 271, Ostpreuss. Trib. 1866.

Es ist klar, dass dieser besondere Sprachgebrauch des Handels, die Usance, einzelnen Erklärungen und Wendungen auch eine recht komplizierte Bedeutung beizulegen vermag: ein einzelnes Wort kann unter Umständen so vieles enthalten, dass man es gemeinverständlich mit mehreren Sätzen ausdrücken müsste.¹⁵⁾ Es genügt in dieser Beziehung auf die Amsterdamer Usance hinzuweisen, welche den Kauf schwimmender Baumwolle betrifft: „Zeigt es sich, dass die Baumwolle von geringerer, als der beim Kaufe genannten Qualität ist, so hat der Verkäufer eine durch Amsterdamer Arbiterspruch festzustellende Vergütung bzw. Nachlass am Preise zu gewähren. Dagegen hat der Käufer nicht das Recht, sich wegen der geringeren Qualität der Waare vom Vertrage loszusagen“. In dem Kaufe schwimmender Baumwolle von der Gattung fair trade lagen daher folgende Erklärungen: 1. die Erklärung des Käufers, schwimmende Ladung zu kaufen, von welcher Qualität immer sie sei („die Waare falle wie sie wolle“). 2. Die Erklärung des Verkäufers einen entsprechenden Preisabzug zu gewähren, falls die schwimmende Ladung von geringerer Qualität sein sollte, als fair trade, 3. die Erklärung beider Theile, sich in Bezug auf die Höhe dieses Abzugs dem Spruche der Amsterdamer Arbitri zu unterwerfen.¹⁶⁾

Allerdings bilden Usancen von so komplexem Charakter nicht die Regel: aber es fehlt immerhin nicht an solchen, die eine ganze Reihe von Klauseln ersetzen. So entschied das Reichsoberhandelsgericht, dass, wenn in der That ein Handelsgebrauch besteht, wonach in Ermangelung einer vertragsmässigen Bestimmung in 3 bis 4 Wochen zu liefern ist, angenommen werden muss, dass nach dem Willen der Parteien beim Abschluss des Vertrages eine solche Frist gewährt werden sollte. „Der Handelsgebrauch vertritt die Stelle der Verabredung einer solchen Frist“.¹⁷⁾ Eine Stettiner Usance gestattet dem Käufer, über den Kaufpreis auf den Verkäufer Wechsel zu ziehen. Der Käufer, der den Wechsel nicht einlöste, aber dem Verkäufer den Kaufpreis einschickte, wurde zum Ersatz von Protestspesen, Porto und Ricambio-Provision verurtheilt.¹⁸⁾ Der Sinn dieser Entscheidung ist klar: die Erklärung des Käufers „ich kaufe diese Waare um diesen Preis“ wird dahin interpretirt: „ich werde den über diesen

¹⁵⁾ Regelsberger in Endemann's Handbuch II, S. 391, N. 23.

¹⁶⁾ R.O.H.G. VII, S. 1 ff. (1872).

¹⁷⁾ R.O.H.G. XVII, 335 (1875). Ebenso Dalloz 72, V, 461, Paris; 175, I, 471.

¹⁸⁾ Busch IX, 167, A.G. Cöslin 1866.

Preis vom Verkäufer gezogenen Wechsel akzeptiren.“ „Da die Gewohnheit der Leipziger Banquiers, ihr Kontokurrent halbjährig zu schliessen, bekannt ist, so liegt in jeder Eingehung eines Kontokurrentverhältnisses mit einem Leipziger Banquier zugleich die Einwilligung, dass dasselbe halbjährig geschlossen werde.“¹⁹⁾ Was bedeutet die Usance, der Agent hafte für die Solvenz des Käufers, den er zuführt,²⁰⁾ der Viehkommissionär übernehme das Delcredere für den Käufer?²¹⁾ Dass der Agent, welcher jemandem einen Käufer zuführt, der Kommissionär, welcher Vieh verkauft, eine scheinbar einfache, in Wirklichkeit aber aus zwei Gliedern zusammengesetzte Erklärung abgibt: Ausser ihrem in Worten ausgedrückten Inhalte, enthält dieselbe noch die Klausel: „dafür dass der Kaufpreis bezahlt wird, will ich die Haftung übernehmen“. Nach einer in einer Gegend Deutschlands im Flachshandel herrschenden Usance ist ein Kauf trotz der Vereinbarung über Gegenstand und Preis nicht perfekt, bis der Flachs sortirt und die Uebereinstimmung über das Ergebniss der Sortirung erzielt worden ist. Wer also erklärt „ich verkaufe diesen Flachs um diesen Preis“ hat zugleich erklärt: vorausgesetzt dass ich mit dem Ergebnisse der Sortirung einverstanden bin.²²⁾ Dasselbe gilt von der Usance des Preismachens. Wurde beim Kaufe von Korn kein Preis vereinbart, so bringen die Lieferanten dasselbe in die betreffenden Speicher und wählen später zu einer ihnen konvenirenden Zeit den Preis. So wird das Stillschweigen der Parteien über den Preis durch die Handelsusance ergänzt.²³⁾ Der Käufer des Getreides hat nach der Usance die Säcke, in denen das Getreide geliefert wird, binnen 14 Tagen zurückzustellen, bei späterer Rücksendung hat er einen Heller Leihgeld für jeden Sack und jeden Tag zu zahlen. In dem Kaufe des Getreides liegt also zugleich der Abschluss einer bedingten Sackmiethe; es sind darin zwei verschiedene Geschäfte enthalten, mit verschiedenem Gegenstande und besonderen Vertragsbestimmungen.²⁴⁾ Sehr interessant ist die Interpretation, die das Reichsgericht folgender Vertragsbestimmung angedeihen lässt: einem Agenten wird die Verkaufsprovision mit den

¹⁹⁾ Busch XV, 435. Dresden 1868.

²⁰⁾ R.O.H.G. XXII, 120 (1877).

²¹⁾ Braun und Blum VII, 154 (1882).

²²⁾ R.O.H.G. VI, 256 (1872).

²³⁾ Seuffert XXII, 132 O.T. Berlin. Holsteinische Sache.

²⁴⁾ R.O.H.G. XIX, 305 (1876).

Worten versprochen: „Wir bewilligen Ihnen für Ihre uns ausgemachten Verkäufe . . .“ Ist dadurch die Usance, wonach der Agent eines auswärtigen Hauses auch für jene Geschäfte Provision verlangen darf, die das Haus selbst an jenem Orte mit seinen Kunden abschliesst, ausser Kraft gesetzt? Die Frage wird verneint. „Es kann eine Erklärung als aus Sprechen und Schweigen zusammengesetzt erachtet werden, so dass der Erklärende zwar als das ausdrücklich Erklärte, aber daneben und darüber hinaus auch das dem Handelsgebrauch Gemässe gewollt habend zu erachten ist“. ²⁵⁾ Aehnlich verfährt eine Entscheidung des Pariser Kassationshofs. Der Banquier, welcher seinem Korrespondenten Werthpapiere, die er von ihm erhielt, zu ihrem Nennwerthe gutgeschrieben hatte, und ihn, nachdem dieselben nicht eingelöst wurden, mit ihrem Nennwerthe belastete, n'a fait que se conformer à l'usage admis en matière de compte-courant et à une condition qui doit être réputée sous entendue même alors, qu'elle n'aurait pas été expressément stipulé dans l'acte d'ouverture du credit. ²⁶⁾

In dem Satze, in den oben die handelsrechtlichen Lehren von der Usance zusammengefasst wurden: eine jede Erklärung im Handel hat jene Bedeutung, welche ihr in diesem Zusammenhange und unter diesen begleitenden Umständen, unter welchen sie vor sich ging, im Verkehre beigelegt wird, hat das Wort „Bedeutung“ nicht etwa den Sinn von: Wortverstand, sondern umfasst hier vielmehr den ganzen Geisteseffekt (Kohler), den Inbegriff aller Gedanken, welche durch das gebrauchte Wort oder die Wendung, in demjenigen, an den die Erklärung gerichtet war, hervorgerufen werden. ²⁷⁾

In jener berühmten Abhandlung, in welcher Laband die Natur der Handelsusance zum Gegenstande einer eingehenden wissenschaftlichen Erörterung machte, ²⁸⁾ versucht er es bekanntlich, auch die Art, wie sie entsteht und sich entwickelt, zu schildern: wie ein Kaufmann mit seinem Geschäftsfreunde regelmässig Verträge unter

²⁵⁾ Braun und Blum IV, 138 (1881).

²⁶⁾ Dalloz 72, I, 102.

²⁷⁾ An dieser Stelle soll auch auf die uns ganz unverständliche, von Hartmann in Jhering's Jahrb. Bd. XX, S. 45, N. 29 mit Recht getadelte Entscheidung des R.O.H.G. VII, 287 hingewiesen werden, der zufolge „Art. 278 H.G.B. nur auf ausdrückliche und nicht auch auf stillschweigende Willenserklärung sich bezieht. Erst der Art. 279 H.G.B. handelt von stillschweigenden Willenserklärungen, für welche auf Gewohnheiten und Gebräuche hingewiesen wird“. Was soll das heissen?

²⁸⁾ Laband in Goldschmidt's Zeitschr. XVII, 470 ff.

gewissen Bedingungen abschliesst, bis diese Bedingungen später als selbstverständlich vereinbart gelten, auch dann, wenn ihrer beim Abschlusse eines Geschäfts nicht ausdrücklich gedacht wurde, — wie ein Haus allen seinen Kunden gewisse Bedingungen vorschreibt, um sie nicht mit jedem einzelnen, insbesondere vereinbaren zu müssen, — wie sich diese Kunden die Bedingungen auch im Verkehr mit ihren Kunden aneignen und dieselben schliesslich zu solch' allgemeiner Verbreitung gelangen, dass sie überhaupt als vereinbart gelten müssen, selbst wenn von ihnen beim Abschlusse des Geschäfts keine Rede war.

Diese Darstellung Laband's ist an sich gewiss richtig; nur scheint es mir bedenklich, das individuelle Bedürfniss und das Individuum zum Ausgangspunkte zu nehmen. Ist die Usance nichts anderes als der besondere Sprachgebrauch des Handels, so muss sie gerade so entstehen und sich entwickeln, wie dies sonst beim Sprachgebrauch der Fall ist. Der Sprachgebrauch entsteht auch sonst oft zwischen zwei Personen: es war eine von zwei mit einander redenden Personen, die ein Wort in einem neuen Sinne gebraucht hat und eine, die es zuerst in diesem neuen Sinne gelten liess. Aber die Fälle, in welchen ein Wort in einer bisher nicht gebrauchten Bedeutung genommen wird, sind im Leben sehr zahlreich, und es entwickelt sich doch nur selten ein neuer Sprachgebrauch daraus, und zwar eben nur dann, wenn die neue Ausdrucksweise einem bestimmten, in weiteren Kreisen empfundenen Bedürfnisse entgegenkommt. Gerade so verhält es sich mit der Handelsusance. Jede neue Klausel wurde zuerst im Verkehr zwischen zwei Kaufleuten gebraucht. Warum dringt aber eine solche neue Wendung, eine neue Klausel das eine Mal in weite Kreise, während sich doch in den allermeisten Fällen sonst Niemand darum kümmert? Weil sie das einmal einem in weiteren Kreisen empfundenen Bedürfnisse, einem Marktbedürfnisse entspricht, während sie in dem zweiten Falle bloß einem individuellen Bedürfnisse gedient hat. Das Bedürfniss des Marktes, und nicht, wie es in der Laband'schen Abhandlung geschieht, das individuelle Bedürfniss sollte daher meines Erachtens den Ausgangspunkt für die Untersuchung des Wesens der Usance bilden.²⁹⁾ Die Vertragsklauseln, die zwischen zwei Kauf-

²⁹⁾ Vergl. Buhl in der Goldschmidt'schen Zeitschr. Bd. XXV, S. 142 ff., wo die Entwicklung der Usancen des Konditionsgeschäfts aus den Anforderungen des Verkehrs dargelegt wird.

leuten vereinbart werden, gehen selbst dann nicht in eine Usance über, wenn sie für eine bestimmte Reihe von gleichartigen Verträgen, welche zwischen denselben Personen abgeschlossen werden sollen, zu gelten haben — was namentlich bei der Vereinbarung eines bestimmten Rabats vorzukommen pflegt.³⁰⁾

Nun ist es aber zweifellos, dass ein Brauch, welcher die Bedeutung einzelner Ausdrücke und Wendungen feststellt, nicht bloß im Handel vorhanden ist, sondern überall, wo ein Verkehr überhaupt besteht. Dieser Brauch ist identisch mit dem, was man sonst den lokalen oder allgemeinen Sprachgebrauch nennt. Besteht nun irgend ein Anlass, die Usance, den Sprachgebrauch des Handels, als ein besonderes vom allgemeinen Sprachgebrauche schlechterdings verschiedenes Rechtsinstitut des Handelsverkehrs zu betrachten, das von solchen Rechtsregeln beherrscht wird, die für den Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens keine Geltung haben? Man würde eine ausführliche Begründung dieser Sonderstellung in der Litteratur vergebens suchen. Was an Besonderheiten der Handelsusancen gegenüber dem Sprachgebrauch im Allgemeinen angeführt werden könnte, lässt sich in folgender Weise zusammenfassen: die Handelsusance ist kein allgemein verständlicher Sprachgebrauch, sondern bloß der Sprachgebrauch eines abgeschlossenen Kreises; infolgedessen kann man die Kenntniss derselben nicht unter allen Umständen von Jedermann fordern, daher können aus der Unkenntniss derselben Komplikationen besonderer Art entstehen. Es kann ferner vom Richter eine Kenntniss der Usance nicht in dem Umfange verlangt werden, wie die Kenntniss des allgemeinen Sprachgebrauchs; daher gelten für den gerichtlichen Beweis der Usance Regeln, die auf den Beweis des allgemeinen Sprachgebrauchs naturgemäss keine Anwendung finden. Wie wenig diese Gründe aber genügen, um die Sonderstellung der Handelsusance zu rechtfertigen, ergibt sich schon daraus, dass es ausser der Handelsusance, dem besonderen Sprachgebrauche des Handels, auch sonst zahlreiche Arten besonderen Sprachgebrauchs giebt: so den Sprachgebrauch gewisser Gegenden, einzelner gesellschaftlicher Kreise. Auf alle diese Arten besonderen Sprachgebrauchs findet offenbar das von der Handelsusance Gesagte Anwendung. Insbesondere ergeben sich hier dieselben Komplikationen bei Unkenntniss desselben, und auch der Beweis dieses Sprachgebrauchs muss unter

³⁰⁾ Braun und Blum IV, 135 (1881).

Umständen in ähnlicher Weise geführt werden, wie der Beweis der Handelsusance. Ich erwähne in dieser Beziehung eine Entscheidung des Pariser Kassationshofes, welche den von den Eigenthümern von Fischerbarken ohne Vereinbarung der Zeitdauer abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag zum gemeinschaftlichen Betriebe der Fischerei nicht als für unbestimmte Zeit eingegangen gelten liess und daher die von der unter Instanz verfügte Abweisung des auf den Art. 1869 C. Nap. gegründeten Begehrens um Versteigerung der Schiffe und Liquidation aus dem Grunde bestätigte, weil am Hafenplatze, wo die Gesellschaft zu Stande kam, eine Usance bestand, derzufolge solche Gesellschaften für so lange eingegangen werden, als die Schiffe und Barken, auf welche der Vertrag sich bezieht, verwendbar sind.³¹⁾ Ebenso hat der Wiener Oberste Gerichtshof den durch Aussage Sachverständiger ermittelten Ortsgebrauch anerkannt, wonach, wenn bei Aufnahme eines Lehrlings ein Lehr- oder Kostgeld nicht vereinbart wurde, ein solches auch nicht geleistet wird.³²⁾ Der lokale Sprachgebrauch wird also in beiden Fällen ganz wie die Handelsusance behandelt, obwohl er sich nicht auf Gegenstände des Handelsverkehrs bezieht. Als Beispiel eines Sprachgebrauchs, der in einem geschlossenen gesellschaftlichen Kreise herrscht, erwähne ich vor Allem die „Theaterpraxis“, welche in dem bekannten Leipziger Theaterprozeß in solch' umfassender Weise vom Reichsoberhandelsgerichte gewürdigt wurde: „Verträge zwischen Theaterunternehmern und Autoren unterliegen selbstverständlich den allgemeinen Grundsätzen der Vertragschliessung; demgemäss gilt im Zweifel überall, soweit ein anderer Wille der Beteiligten nicht erhellt, das in diesen Fällen Uebliche, Gewöhnliche, als gewollt.“³³⁾ Dasselbe gilt von der Usance des Wiener Schieferdeckergewerbes: dass bei Akkordirung der Schieferindeckung eines Hauses in Wien und Umgebung zur bestehenden Dachfläche, wegen unvermeidlicher Abhauung des Schiefers und schwieriger Arbeit, noch bei First, Grat und Säumen hinzuzurechnen ist, und zwar: bei Doppelfirst, Doppelgrat und Doppelixen ein Quadratmeter breit, bei Halbfirst, Halbgrat und Halbixen ein Halbmeter breit.“³⁴⁾ Diese Usance des Schieferdeckergewerbes er-

³¹⁾ Dalloz 69, I, 137 (1868).

³²⁾ G.U. XX, 9166 (1882).

³³⁾ R.O.H.G. XII, 338 (1874).

³⁴⁾ G.U. XXIII, 10479 (1885).

klärt ganz nach Art der Handelsusance, wie die Berechnung des Preises einer Arbeit zu verstehen ist, auch wenn der Preis ohne jeden Beisatz vereinbart wird. Dass beide Parteien an die Usance gedacht haben, wird als selbstverständlich angenommen. Eine Entscheidung des Pariser Kassationshofes stellt fest, dass die Versicherungsgesellschaft, welche einen Versicherungsagenten ohne Grund entliess, bevor er durch successive Provisionseinnahmen für seine Auslagen und Bemühungen Ersatz erhielt, verpflichtet ist, denselben zu entschädigen: mit Rücksicht darauf, dass eine solche Interpretation est conforme aux habitudes des compagnies assurances.³⁵⁾ Bei Lohnverträgen des landwirthschaftlichen Gesindes l'usage constant est, qu'en défaut de convention contraire le bail soit fait pour une année.³⁶⁾

Aber auch der Umstand, dass der Handelsgebrauch in der Regel durch ein besonderes Beweisverfahren festgestellt wird, kann es unmöglich rechtfertigen, dass derselbe als besonderes, vom gewöhnlichen Sprachgebrauche verschiedenes Rechtsinstitut behandelt wird: denn das ist eben blos Folge des Umstandes, dass die Usance sehr häufig ein dem Richter unbekannter Sprachgebrauch ist. Dieselbe Erscheinung wiederholt sich denn auch überall, wo ein dem Richter unbekannter Sprachgebrauch in Frage kommt. So oft auch sonst ein besonderer Sprachgebrauch, der dem Richter unbekannt ist behauptet wird, muss er stets erwiesen werden: in allen soeben erwähnten Fällen wurde daher mit Recht der Beweis durch Sachverständige über dem behaupteten besonderen Sprachgebrauch zugelassen. Dies hat der österreichische Oberste Gerichtshof anerkannt. „Die Ansicht, dass den Sinn, welcher in dem Inhalte einer Urkunde liegt, nur der Richter zu beurtheilen hat, kann nur dann als richtig anerkannt werden, wenn die Urkunde derart verfasst ist, dass, um die eigenthümliche Bedeutung der gebrauchten Worte in ihrem Zusammenhange zu fassen, nicht die Kenntniss von in einer bestimmten Sphäre vorkommenden Aeusserungen erforderlich ist, durch welche der Sinn der gebrauchten Worte geregelt wird.“³⁷⁾ Damit dürfte es auch zusammenhängen, dass die preussischen Gerichte es hartnäckig ablehnten, über die Bedeutung des Stillschweigens im Handelsverkehre Sachverständigengutachten

³⁵⁾ Dalloz 58, I, 134.

³⁶⁾ Dalloz 68, V, 280. Bordeaux 1867.

³⁷⁾ G.U. XV, 6453 (1877).

einzuholen: sie wollen sich dazu nicht verstehen, im Stillschweigen eine Eigenthümlichkeit des Handels zu erblicken.³⁸⁾

Man kann daher mit Grund behaupten, dass die Usance des Handelsverkehrs in ihrem Wesen identisch ist mit dem Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens.³⁹⁾ Die Sonderstellung der Usance kann nicht begründet, wohl aber erklärt werden durch den Hinweis darauf, dass es ein Gesetz des menschlichen Denkens ist, das Fernerliegende früher zu beachten als das Naheliegende. Der Sprachgebrauch des Handels wurde früher zum Gegenstande wissenschaftlicher Untersuchung gemacht, als der Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens, aus demselben Grunde, aus welchem beispielsweise die Astronomie die älteste theoretische Wissenschaft ist.

Die frühere Entwicklung der handelsrechtlichen Lehre von der Usance berechtigt uns aber, dieselbe auch ohne weiteres für die Lehre von der Interpretation der Verträge des allgemeinen Zivilrechts zu verwerthen. Der Art. 279 H.G.B. enthält keine handelsrechtliche, sondern eine allgemein giltige Lehre: „In Beziehung auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen ist auf die im Leben geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.“ Selbstverständlich ist diese Rücksichtnahme stets erforderlich, also auch bei Willenserklärungen, die durch Worte (ausdrücklich) erfolgen.

Es unterliegt ferner gar keinem Zweifel, dass Usancen, welche nicht den Handelsverkehr, sondern den gemeinen Verkehr betreffen, in ganz derselben Weise entstehen, wie dies von Laband für die Handelsusance beschrieben wird.⁴⁰⁾ Auch hier kommen häufig bestimmte Vertragsklauseln so sehr in Gebrauch, dass sie selbst dann als vereinbart gelten, wenn von ihnen beim Vertragsabschlusse nicht die Rede war. In einzelnen Fällen ist dies historisch nachweisbar. Der bekannteste ist der der *duplae stipulatio*.⁴¹⁾ Eine ähnliche Entstehungsart weist Bechmann für das ädilitische Edikt nach: „So bezweckt denn auch das ädilitische Edikt ursprünglich nichts als die

³⁸⁾ Busch XI, 340 O.T. Berlin (1867) A.L.R. Th. I, Tit. 4, § 60 ff.

³⁹⁾ Im Wesentlichen wohl übereinstimmend: Leonhard, der Irrthum bei nichtigen Verträgen, S. 172 ff.

⁴⁰⁾ Für das römische Recht, vergl. Goldschmidt in seiner Zeitschr. I, S. 87 ff. Pernice, Labeo II, S. 90 ff., N. 74. Wlassak, zur Geschichte der *negotiorum gestio* S. 167 ff.

⁴¹⁾ Fr. 37 de ev. et dupl. stip. 21. 2, fr. 31, § 20 de aedil. ed. 21. 1.

Nachholung der an und für sich üblichen, im konkreten Falle aber vergessenen oder sonst versäumten Stipulation.⁴²⁾

Es ist klar, dass auch das, was oben von dem komplexen Charakter gesagt wurde, den die Handelsusance den Willenserklärungen im Handelsverkehr zu verleihen vermag, auf die Usancen des gewöhnlichen Lebens unmittelbar bezogen werden kann. Es ist nicht nöthig, hier Beispiele zu geben, da unter den oben erörterten Fällen einer ausserhalb des Handelsverkehrs verbindlichen Usance auch solche enthalten sind, die sich als höchst komplex darstellen,⁴³⁾ so namentlich die Theaterpraxis,⁴⁴⁾ die Wiener Usance des Schifferdeckgewerbes,⁴⁵⁾ sowie die französische Usance über die Dauer der Gesellschaftsverträge der Eigenthümer der Fischerbarken in Betreff des gemeinschaftlichen Betriebes der Fischerei.⁴⁶⁾

Selbstverständlich ist es, dass die Usance nicht blos dazu dient, einzelne Erklärungen zu interpretiren. Man muss vielmehr davon ausgehen, dass überhaupt jedes Geschäft als Ganzes jene Bedeutung hat, die es nach dem Sprachgebrauche, der Usance, haben soll. Wer da sagt: „ich kaufe diesen Rock,“ hat mit diesen vier Worten jenen Sinn ausgedrückt, den mit diesen Worten in diesem Zusammenhange und unter diesen Umständen der Sprachgebrauch verbindet. Insbesondere indem er das Wort „ich kaufe“ ausspricht, eignet er sich all' die unzähligen Usancen des Kaufvertrages an, die die tausendjährige Geschichte eines der ältesten aller Verträge mit ihm verknüpfte, die der Weltverkehr zur allgemeinen Anerkennung brachte und der lokale Verkehr seiner Gegend erzeugte: er mag immerhin an alle diese Usancen gar nicht gedacht haben, sie werden nichtdestoweniger massgebend sein, wenn hierüber ein Streit entstehen wird, denn mit den Worten „ich kaufe“ ist alles erklärt, was die Usance in dieses eine Wort hineinlegt.⁴⁷⁾ Und dasselbe gilt von allen anderen Verträgen sowie von einer ganzen Reihe von Instituten, die mit dem Ver-

⁴²⁾ Kauf I, 414. Ueber die Entstehung des Pfandrechts an den *Invectis* und *Illatis* vergl. fr. 17, § 6 de act. emt. vend. 19, 1.

⁴³⁾ Vergl. jetzt namentlich Goldschmidt, Handb. 3. Aufl., I. Bd., S. 92 ff.

⁴⁴⁾ R.O.H.G. XII, 338 ff. (1874); vergl. hierüber Kohler in Jhering's Jahrb. XXVIII, S. 244.

⁴⁵⁾ G.U. XXIII, 10479 (1885).

⁴⁶⁾ Dalloz 69, I, 137 (1868).

⁴⁷⁾ Von der Frage, welchen objektiven Sinn hat die Willenserklärung? ist zu unterscheiden die Frage, ob und wann der objektive Sinn für den Erklärenden und den Mitkontrahenten verbindlich ist. Nur auf die erstere Frage kommt es hier

tragsrecht zusammenhängen: Pertinenzen, Erfüllungsort, Erfüllungszeit etc.⁴⁸⁾

Es ist selbstverständlich, dass die Justinianischen Gesetzbücher und die moderne Gesetzgebung, die ebenso wie jene zum grossen Theile nichts anderes enthält als in Paragraphe gefasste Jurisprudenz, sich der Anerkennung der Bedeutung der Usance nicht entziehen konnte. Die Digesten enthalten mehrere *regulae juris*, welche sich auf dieselbe beziehen: *quae sunt moris et consuetudinis in bonae fidei iudiciis debent venire*,⁴⁹⁾ *semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur quod actum est, aut si non appareat quod actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione in qua actum est frequentatur*.⁵⁰⁾ Von den modernen Gesetzbüchern widmet der Code Napoléon der Usance zwei Artikel: den einen der Usance als Sprachgebrauch: *Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays ou le contrat est passé*,⁵¹⁾ der komplexen Usance den nächstfolgenden Artikel: *On doit suppléer dans le contrat les clauses qui sont d'usages, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées*.⁵²⁾ Weniger klar drückt sich das preussische Landrecht aus: Der Sinn jeder ausdrücklichen Willenserklärung muss nach der gewöhnlichen Bedeutung der Worte und Zeichen verstanden werden.⁵³⁾ Im österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche wird der Usance blos unter den Regeln über die Interpretation der Vermächtnisse ausdrücklich gedacht. „Worte werden auch bei Vermächtnissen in ihrer gewöhnlichen Bedeutung genommen.“⁵⁴⁾

Es ist nicht hier der Ort, die Konsequenzen zu ziehen, welche sich aus dieser Auffassung für die Vertragstheorie ergeben. Doch muss des Zusammenhanges halber folgendes hervorgehoben werden: ist es wahr, dass eine Erklärung der Partei, in normalen Fällen stets in dem Sinne genommen wird, welcher ihr den Usancen zufolge beigelegt werden muss, ist es wahr, dass Alles, was den

an. Der Umstand, dass die Erklärung einen anderen Sinn habe, als der ihr nach den Grundsätzen der Vertragsinterpretation zukommt, muss als *exceptio* vorgebracht und erwiesen werden, insofern hierauf überhaupt etwas ankommt.

⁴⁸⁾ Karlowa, Rechtsgeschäft, S. 178.

⁴⁹⁾ Fr. 31, § 20 de aedil. act. 21. 1.

⁵⁰⁾ Fr. 34 de reg. ins. 50, 17. Das Weitere gehört nicht hierher.

⁵¹⁾ Art. 1159, C. N.

⁵²⁾ Art. 1160 C. N.

⁵³⁾ Th. I, Tit. 4, § 65, P.L.R.

⁵⁴⁾ § 655 österr. B.G.B.

Usancen zufolge in einer Willenserklärung enthalten ist, als im rechtlichen Sinne gewollt erscheint, so treten die Rechtsfolgen des Vertrages mit geringen Ausnahmen nur deswegen ein, weil sie gewollt sind, sie sind gewollte Rechtsfolgen. Der grösste Theil des Vertragsrechts enthält nichts als kodifizierte Usancen. Die Frage, welchen Vertrag die Parteien abschliessen wollten, beispielsweise ob Kauf oder Miethe, hat in erster Linie die Bedeutung, dass sie uns darüber klar werden lässt, ob die Usancen des Kaufs oder der Miethe eintreten. Alle die höchst komplexen Usancen, die die verschiedensten Völker der Erde im Laufe der Jahrtausende für den Kauf- oder Miethvertrag ausgebildet haben, eignet sich Derjenige an, der einen Kauf oder eine Miethe abschliesst. Klarer hat dies vielleicht Niemand ausgesprochen als Degenkolb, der seine Ausführungen über die Bedeutung des Vorvertrages als Rechtsinstitut mit den Worten einleitet: „Obenan stelle ich die Anwendbarkeit des Vorvertrages als Schlagwort zur sicheren Herbeiführung von Wirkungen, welche sich bei sofortigem Abschlusse des Hauptvertrages nur durch besondere Klauseln erreichen lassen, also die durch den Vorvertrag erreichbare Vereinfachung der Formulierung.“⁵⁵⁾

In jenen Fällen, in welchen die Usance einer Erklärung einen komplexen Charakter verleiht, bezeichnet man ziemlich häufig die der Usance zufolge in der Erklärung mitenthaltene Vertragsklausel als „stillschweigend“ erklärt. Dieser Sprachgebrauch kommt in den Quellen mit Bezug auf das Pfandrecht des Vermiethers und Verpächters an den *invectis et illatis* vor,⁵⁶⁾ welcher im Sinne der Quellen nichts ist als eine Usance. Es wird regelmässig vereinbart, gilt also als selbstverständlich, „stillschweigend“ vereinbart, auch wenn es nicht vereinbart wurde.⁵⁷⁾

In der modernen Rechtssprechung findet sich dagegen diese Ausdrucksweise ziemlich häufig.⁵⁸⁾ So sagt das Reichsober-

⁵⁵⁾ Degenkolb, Arch. f. zivil. Prax. LXXI, S. 89; derselbe Gedankengang bei Leonhard: Verhandlungen des XVII. Deutschen Juristentages S. 342; vergl. Wlassak, Zur Geschichte de negotiorum gestio S. 157 ff.

⁵⁶⁾ Fr. 4 pr. de pact. 2, 14; fr. 3, 6, 7, pr. in quib. caus. 20, 2; fr. 11, § 5 de pign. act. 13, 7. Ueber diese Bedeutung des Ausdrucks *tacite* namentlich Leonhard, Der Irrthum als Nichtigkeitsgrund S. 28, Note 54; in fr. 4 de exc. rei ind. 44. 2. bedeutet *tacite*, wohl nicht „der Usance zufolge“, sondern „gewohnheitsrechtlich“; vergl. fr. 11, § 7 *ibid.*

⁵⁷⁾ Dernburg, Pfandr. I, S. 295 ff.

⁵⁸⁾ Laband in Goldschmidt's Zeitschr. XVII, S. 476.

landesgericht mit Bezug auf den Handelsgebrauch, dass der Verkäufer die Waare nicht vor Ablauf von drei bis vier Wochen zu liefern verpflichtet sei, wenn keine bestimmte Erfüllungszeit vereinbart wurde: es müsse so angesehen werden, als wenn dies stillschweigend vereinbart worden wäre.⁵⁹⁾ Börsengeschäfte sollen in Hamburg als mit einer stillschweigend vereinbarten Erlöschungsklausel geschlossen anzusehen sein, und zwar so, „dass, wenn am Lieferungstage die Erfüllung nicht stattgefunden haben sollte, nur derjenige Kontrahent auf die Erfüllung klagen oder doch das Interesse an der Nichterfüllung geltend machen machen könnte, welcher zur vereinbarten Lieferungszeit den andern Theil unter seinerseitiger Erfüllungsbereitschaft zu der bezüglichen Lieferung aufgefordert hat.“⁶⁰⁾ An diesen Ausdruck „stillschweigende Willenserklärung“ klingt auch offenbar die in einer Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts enthaltene Bemerkung an: „dass es nicht durchaus einer ausdrücklichen Erklärung bedarf, um die Superdividende dem Käufer einer Aktie zu übereignen, dass es genüge, wenn dies durch einen entsprechenden Handelsgebrauch so normirt ist.“⁶¹⁾ Auch das Appellationsgericht Magdeburg nennt die Usance eine Regel, die von den Betheiligten „stillschweigend als Norm adoptirt ist.“⁶²⁾ Um endlich ein Beispiel aus der Praxis zu erwähnen, welche sich auf das bürgerliche Recht bezieht, führe ich hier eine Entscheidung des Oberappellationsgerichts Lübeck in einem Rechtsstreite an, in welchem es sich um den Umfang einer vertragsmässig bestellten Dienstbarkeit handelte: „Der Grundsatz, dass eine Servitut civiliter auszuüben sei, hat ebenfalls nur den Sinn, dass der Servitutberechtigte nichts Ungewöhnliches, was bei der Servitutbestellung als stillschweigend ausgeschlossen betrachtet werden müsse, zum Nachtheile des dienenden Grundstücks vornehmen dürfe.“⁶³⁾

Was die Literatur betrifft, so wäre es gewiss eine unfruchtbare Arbeit, diesen Sprachgebrauch im Einzelnen zu verfolgen. Die Zahl der hierher gehörigen Aeusserungen ist unübersehbar. So spricht Exner von einem stillschweigenden Verpfändungsvertrage, wenn beim Abschlusse eines solchen nicht das Wort „verpfänden“ gebraucht wurde,

⁵⁹⁾ R.O.H. G. XVII, 334 ff. (1875).

⁶⁰⁾ Kierulff II, 219 (1866).

⁶¹⁾ Seuffert XXVII, 21 R.O.H.'G. 1872.

⁶²⁾ Busch XX, 189 A.G. Magdeburg 1870.

⁶³⁾ Seuffert XV, 103. Lübeck (1848).

sondern ein gleichbedeutendes Wort des vulgären Sprachgebrauches, wie „auf das Gut anweisen“, „stehenbleiben“. ⁶⁴⁾

Ferner führe ich zwei Beispiele an, wo von der Usance ex professo gesprochen wird. Das erstere ist deswegen von Interesse, weil es mit dem Ausdruck „stillschweigende Willenserklärung“ bewusst den durch die Usance der Erklärung beigelegten Sinn bezeichnet. Goldschmidt sagt von der Usance: „Ihre Funktion ist eine doppelte, sie kann einerseits als stillschweigende Willenserklärung, insbesondere als Vertragssatzung anderweitigen Willenssatzungen ergänzend an die Seite treten, sie kann andererseits als Interpretationsmittel zur Auslegung von Willenserklärungen dienen.“ ⁶⁵⁾ Das zweite Beispiel, das ich ebenfalls Goldschmidt entnehme, ist aus dem Grunde bemerkenswerth, weil der erwähnte Ausdruck bei der Interpretation einer Quellenstelle gebraucht wird, in welcher es sich offenbar um eine Handelsusance handelt: „Ulpian schliesst (im fr. 4 § 1 de per. et com. 18, 6) aus der unzweifelhaften Thatsache, das Weinkäufe ohne Probe äusserst selten vorkommen, auf den stillschweigenden Vorbehalt einer späteren Probe.“ ^{65a)}

Für die Zwecke der vorliegenden Abhandlung würde nun an sich wohl die Feststellung genügen, dass hier der Ausdruck „stillschweigende Willenserklärung“ auf eine wohl quellenmässige, aber immerhin ungenaue Auffassung der Aufgaben der Interpretation der Willenserklärung hindeutet. Es erscheint jedoch nicht ganz überflüssig, einige Fälle solcher „stillschweigender“ Willenserklärungen hervorzuheben, welche eine einigermaassen typische Bedeutung in Anspruch nehmen könnten.

Vielleicht der wichtigste Fall dieser Art ist der der Gewährleistung. Das älteste römische Recht kannte keine Gewährleistung; nur bei der mancipatio, die, wie Bechmann wohl überzeugend nachgewiesen hat, nichts anderes war als ein Naturalkauf, trat Haftung für das Eigenthum ein, d. h. die Erklärung des Verkäufers enthielt usancemässig auch die Zusage, Eigenthum zu übertragen. Im späteren römischen Rechte entwickelte sich allmählich die Gewährleistungspflicht, vor allem wegen Eviktion, dann auch wegen Mängel, zuerst bei gewissen Arten des Kaufs, später bei allen Käufen, end-

⁶⁴⁾ Exner, Hypothekenrecht S. 115.

⁶⁵⁾ Goldschmidt, Handb. I, S. 333; ferner in seiner Zeitschrift XIX, 115; vergl. auch ibid. XVI, S. 327, No. 7. Ebenso Laband in der Goldschmidt'schen Zeitschr. XVII, S. 476.

^{65a)} Goldschmidt in seiner Zeitschrift I, S. 103.

lich eine (mit der Kontraktsklage verfolgbare) Gewährleistung bei den anderen wichtigeren Verträgen des Verkehrsrechts.

Es unterliegt keinem Zweifel, dass schon die späteren römischen Bestimmungen eigentlich nur einen Verweis auf die Verkehrsusancen enthalten: denn „ein Mangel“ (*vitium*) ist doch nichts anderes als der Mangel einer Eigenschaft, die der verkaufte Gegenstand gewöhnlich hat, die daher bei ihm vorausgesetzt werden kann. Dieser negative Verweis auf die *Usance* erscheint in den modernen Gesetzbüchern positiv, daher viel bestimmter gefasst. Das preussische Landrecht und das österreichische bürgerliche Gesetzbuch sprechen von einer Haftung für die „gewöhnlich vorausgesetzten“⁶⁶⁾ Eigenschaften, von der Gewährleistung für „vermöge der Natur des Geschäfts stillschweigend bedungene Eigenschaften.“⁶⁷⁾ Am nächsten steht wohl der Code Napoléon dem ädilitischen Edikt: doch ist es zweifellos, dass auch hier die Norm des Art. 1641 einen Hinweis auf die *Usance* und nicht auf den konkreten Willen des Käufers enthält.

Eine viel eingreifendere Aenderung brachte das moderne Handelsrecht. Dieses verpflichtet den Verkäufer, „Waare von mittlerer Art und Güte“⁶⁸⁾ „*qualité loyale et marchande*“, „*loyale et de recette*“⁶⁹⁾ zu liefern. Was bedeuten diese Bestimmungen im Verhältnisse zu den römischen Bestimmungen? Nichts als eine neue usancemässige Erweiterung der Haftung des Verkäufers. In Rom war in der Erklärung: „ich verkaufe diesen Weizen,“ gar keine Erklärung über die Qualität des Weizens enthalten, der Verkäufer war nur verpflichtet, Weizen schlechthin zu liefern, es stand daher in seiner Wahl, was für einen Weizen er liefern wollte; er wurde befreit, wenn er auch den schlechtesten Weizen lieferte, weil er auch damit seinem Versprechen, so wie es gegeben wurde, Weizen schlechthin zu liefern, genügte.⁷⁰⁾ Wollte man Weizen von mittlerer Art und Güte

⁶⁶⁾ § 319, I, 5, § 193, I, 11 P.L.R., § 922 österr. B.G.B.

⁶⁷⁾ § 923 österr. B.G.B. Merkwürdigerweise immt Hasenöhrle österr. Obligationenrecht II, S. 366 an, das österr. Recht behandle den Verkäufer milder als das römische.

⁶⁸⁾ Art. 335 H.G.B.; vergl. Goldschmidt, Handb. I, S. 555.

⁶⁹⁾ Lyon Caën et Regnault Précis, N. 646.

⁷⁰⁾ Windscheid § 254 zu N. 2, fehlerlose Waare stillschweigend usancemässig vereinbart? Windscheid § 395, Z. 5, dagegen die von ihm in der N. 20 zitierten. Fr. 99, pr. 106, pr. de V.O. 45, 1, fr. 18, § 2 de aedil ed. 21, 1, fr. 72, § 5 de solut, 46, 3.

haben, so musste dies besonders bedungen werden. Im heutigen Verkehre bedeutet dagegen das Versprechen, Weizen zu liefern, so viel, wie Weizen von mittlerer Art und Güte zu liefern.⁷¹⁾ Die Erklärung, „Weizen zu verkaufen“, ist daher nach der modernen Auffassung insoweit komplexer, als sie auch eine Zusage in Betreff der Qualität des Weizens enthält; man versteht heute im Verkehre unter „Weizen“ nicht etwas anderes, wohl aber mehr als in Rom.⁷²⁾ Dass aber Waare von mittlerer Art und Güte in der That nur eine solche ist, die der Usance zufolge als solche gilt, wird allgemein anerkannt. So erachtet das Reichsoberhandelsgericht Stärke, welche verfälschende Beimischungen enthält (Gyps), als Waare von mittlerer Art und Güte, wenn nur „die Waare auch in Betreff des Zusatzes als ordentliche Kaufmannswaare mittlerer Art empfangbar ist.“⁷³⁾ Auch das A.G. Celle betont, dass darüber, was als Handelsgut mittlerer Art und Güte anzunehmen sei, der Handelsgebrauch in Betracht gezogen werden müsse.⁷⁴⁾ Der Pariser Kassationshof erkannte dem platrierten Weine die Eigenschaft einer *qualité loyale et de recette* zu: *at. qu'il ne contienne aucun mélange frauduleux ou en dehors des usages adoptés dans le pays et bien connu de l'acheteur.*⁷⁵⁾

Zwei Fälle solcher „stillschweigender“ Willenserklärungen, die eine einigermaassen typische Bedeutung haben, sollen hier eingehender erörtert werden.

⁷¹⁾ Art. 335 H.G.B.; P.L.R. I, 5, § 275; anders wohl Art. 1246 C.N., welcher dem Schuldner nur verbietet, die schlechteste Sache der Spezies zu liefern; dies ist als ergänzender Rechtssatz aufzufassen. Zachariae § 318, N. 5, meint: der Schuldner habe Waare von mittlerer Art zu liefern. Dagegen Puchelt ebendasselbst (6. Aufl. des Werkes besorgt von Puchelt); wie Zachariae, auch Dalloz Rep. gen., Vo. Obligation No. 462.

⁷²⁾ Gegen diese Auffassung des Art. 335 H.G.B. allerdings Goldschmidt in seiner Zeitschrift Bd. XIX, S. 120. Anfänge der modernen Entwicklung (Art. 335 H.G.B.) schon in Rom? In fr. 18, § 1 de aedil ed. 21, 1. bedeutet wohl *mediocris* nicht einen mittleren, sondern einen „minderen“ Koch, so dass der Verkäufer hier nach nicht einen Koch mittlerer Güte zu liefern verpflichtet ist, sondern befreit wird, wenn er einen Sklaven übergibt, der überhaupt etwas von der Kochkunst versteht. Einen der davon nichts versteht, durfte er allerdings nicht liefern, da er einen Koch versprach und dieser kein Koch war. Vergl. fr. 18, § 2 *ibid.*

⁷³⁾ R.O.H.G. XXIV, 235 (1878); ebenso Seuffert XLI, 38 O.L.G. Hamburg 1885.

⁷⁴⁾ Seuffert XXXI, 263 A.G. Celle 1875.

⁷⁵⁾ Dalloz 76, I, 111.

Der erste ist der der Bestellung einer Waare, ohne dass vorher der Preis vereinbart, oder auch nur bei der Bestellung genannt worden wäre.⁷⁶⁾ Es liegt darin eine Unterwerfung unter die beim Verkäufer gewöhnlichen, unter die Marktpreise,⁷⁷⁾ unter die beim Verkäufer üblichen festen Preise,⁷⁸⁾ die „kundenüblichen,“⁷⁹⁾ „gangbaren,“⁸⁰⁾ „werthentsprechenden“⁸¹⁾ Preise oder auch die Uebernahme einer Verpflichtung zur Bezahlung des Kurswerthes.⁸²⁾ „Wenn Jemand einer Handlung Waare entnimmt, ohne einen gewissen Preis mit dem Verkäufer zu vereinbaren, so wird seine stillschweigende Zustimmung zu den Preisen angenommen, welche bei dem Verkäufer die üblichen und laufenden sind. (fr. 22 praescr. verb.)“⁸³⁾ „Dass zu einem Vertrage die wechselseitige Einwilligung der Kontrahenten gehört, und zum Begriffe eines Kaufes die Vereinbarung einer bestimmten Geldsumme erforderlich ist, das verneint der Richter nicht, sondern er geht von dieser Voraussetzung bei seiner Begründung nothwendig aus, und stellt fest, dass im vorliegenden Falle, wo zwischen einem Kaufmanne und einem Gewerbetreibenden die Bestellung der Lieferungen der Waare erfolgte, dem Kaufvertrage die üblichen Preise zu Grunde gelegt seien.“⁸⁴⁾ In einem Falle, in welchem eine Wechselstube bei Ankauf eines Pfandbriefes weniger als dessen Kurswerth bezahlte, ist der Klage auf Bezahlung der Differenz zwischen dem wirklich berechneten Preise und dem Kurswerthe mit der Begründung stattgegeben wor-

⁷⁶⁾ Ueber die hier in Betracht kommenden Fragen, Endemann in seinem Handb. II, S. 23; Gareis *ibid.* S. 551 ff.; Goldschmidt IV, 399. Dresden 1858, IV, 398. Dresden 1859; Busch VIII, 198. Jena (ohne Jahr).

⁷⁷⁾ Windscheid § 258, Note 3b. Dernburg § 134, Seuffert II, 166, 177, Busch XVI, 96. Eisenach 1869; XVI, 97. Eisenach 1867.

⁷⁸⁾ Seuffert XXII, 133. Wolfenbüttel 1867.

⁷⁹⁾ Laband bei Goldschmidt XVII, 477, Sächs. XIV, 479 (1855), XVIII, 430 (1858), XIX, 132 (1859), XXIII, 344 (1868) = Seuffert XII, 41; Gruchot XVIII, 118. Berlin 1875.

⁸⁰⁾ G.U. X, 4588 (1872).

⁸¹⁾ Seuffert II, 284. Dresden (1841), IX, 339. Jena (ohne Jahr) XXXIII, 17. Celle (1873); Sächs. XVI, 225 (1856).

⁸²⁾ Busch XXXVII, 301, R.O.H.G. 1877.

⁸³⁾ Striethorst XVIII, 280 (1855); ebenso Busch XVI, 96 A.G. Eisenach 1859; Dalloz, Vo. Vente N. 375; Rennes 1815.

⁸⁴⁾ Gruchot XVIII, 118. Berlin 1873; hierzu Bechmann, Kauf II, 358; Goldschmidt S. 125, Note 31, S. 104; Gareis in Endemann's Handb. II, S. 55; Windscheid § 386, Note 5b; Dernburg II, 135, Z. 3; Zachariae § 349, Note 23; Regelsberger in Endemann's Handb. II, S. 496.

den: „es habe eine stillschweigende Uebereinkunft auf Bezahlung des Tageskurses stattgefunden.“⁸⁵⁾

Für die Höhe der als stillschweigend vereinbart geltenden Preise ist in erster Linie die Faktura massgebend; die Angemessenheit des fakturirten Preises wird durch Sachverständige⁸⁶⁾ oder durch Selbsteid⁸⁷⁾ erwiesen, auch werden Sachverständige und Selbsteid in mehreren sächsischen Entscheidungen kombinirt.⁸⁸⁾ Die Klage aus einem so abgeschlossenen Geschäfte wird hie und da im Gebiete des gemeinen Rechts nicht als *actio emti*, sondern als *actio praescriptis verbis* aufgefasst.⁸⁹⁾

Dasselbe Verhältniss wie beim Kaufe findet auch beim Lohnvertrage statt; wenn Dienste, welche in der Regel gegen Entgelt geleistet werden, beansprucht und geleistet werden, ohne dass von einem Entgelte die Rede gewesen wäre. Ein in dieser Weise eingegangener Lohnvertrag wird schon in den Quellen von Gaius erwähnt,⁹⁰⁾ zu dessen Zeit er aufgekommen sein soll. Die Marginalrubrik zum § 1152 des österr. B.G.B. nennt einen solchen Lohnvertrag einen „stillschweigenden“, wohl mit Rücksicht darauf, dass der Lohnvertrag der Legaldefinition zufolge eine Lohnvereinbarung voraussetzt und diese hier nur daraus gefolgert wird, dass, „sobald Jemand eine Arbeit oder ein Werk bestellte“, die Verpflichtung zur Bezahlung der Arbeit oder des Werkes usancemässig, also „stillschweigend“, vereinbart ist.⁹¹⁾ Mit einem solchen stillschweigenden Lohnvertrage beschäftigt sich die österreichische Rechtsprechung nicht selten.⁹²⁾ Auch anderwärts sind derartige Fälle häufig entschieden worden, doch gehören sie insofern nicht hierher, als nicht auf die in der Bestellung liegende usancemässige Verpflichtung zur Bezahlung des Lohnes, sondern auf die Pflicht zur Entlohnung, die durch An-

⁸⁵⁾ Busch XXXVI, 301 R.O.H.G. 1877.

⁸⁶⁾ Goldschmidt IV, 399. Dresden 1858; Goldschmidt IV, 398 (1859); Seuffert II, 384 (Dresden 1841) XXII, 133. Wolfenbüttel 1867; Busch IV, 170, Kreisgericht Burg (Preussen) 1864, Sächs. XIX, 132 (1859), XXIII, 344 (1862).

⁸⁷⁾ Sächs. XXIII, 344 (1862), G.U.V, 2476 (1866), X, 4588 (1871), XIX, 8740, (1886).

⁸⁸⁾ Sächs. XVI, 255, (1856), XVIII, 431, (1858).

⁸⁹⁾ Seuffert XXII, 133 A.G. Wolfenbüttel 1867; Busch XVI, 96, A.G. Eisenach 1859.

⁹⁰⁾ Fr. 22 praescr. verb. 19, 5.

⁹¹⁾ Ueber die Bedeutung der Arbeitsordnung in den Fabriken als *lex contractus* vergl. Krasnopolski in der Grünhut'schen Zeitschr. XIV, S. 331.

⁹²⁾ G.U. XV, 6639 (1877) (Dienste eines Wirthschafters) G.U. XXIII, 10423, (1885) (Leitung des Hauswesens).

nahme geleisteter Dienste übernommen werde, Nachdruck gelegt wird.⁹³⁾ In Betreff des Miethsvertrages erkannte das preussische Kreisgericht Burg, dass, wenn in einem Gasthofe ein Zimmer bestellt wird, gleichzeitig und stillschweigend der übliche Preis als gefordert und versprochen vorausgesetzt wird.⁹⁴⁾ Hierher gehört auch folgender Fall: Der Vater überliess seinem Sohne ohne Vereinbarung eines Miethzinses Räumlichkeiten seines Hauses zur Benutzung als Verkaufsladen. Obwohl nun die gerichtliche Entscheidung hierin nicht einen Miethsvertrag, sondern einen Innominatkontrakt erblickte, da es keine Miethe ohne Zinsvereinbarung gäbe, so wurde dennoch nicht bloss der Klage auf Zahlung des Miethzinses stattgegeben, sondern selbst das gesetzliche Pfandrecht der Miethzinsforderung zuerkannt: „Ob dieser Anspruch (Miethzinsanspruch) auf einer von Anfang an vollkommenen, eine Vorausbestimmung des Miethzinses enthaltenden oder auf einem späteren, erst zur Vollkommenheit gelangenden Miethsvertrage beruht, erscheint von keiner Bedeutung für die Anwendung des Gesetzes, wenn es dem Gesetzgeber um die Sicherheit des Anspruchs des Vermiethers zu thun ist.“⁹⁵⁾ Sowohl die Entscheidung selbst als auch der Wortlaut der Begründung schliessen jeden Zweifel darüber aus, dass sie in der That einen Miethzinsanspruch annehmen, obwohl sie sich scheuen, von einem solchen zu sprechen. Denselben Charakter hatte die Pflicht zur Bezahlung usancemässiger Zinsen, wenn von den Parteien die Zahlung der Zinsen wohl vorausgesetzt, aber nicht vereinbart wurde.⁹⁶⁾

Der zweite der hier näher zu besprechenden Fälle betrifft den sachenrechtlichen Zusammenhang. Es handelt sich um die Frage, was bei einem über eine Sache abgeschlossenen Geschäfte als durch das Geschäft getroffen, also als mitverkauft, mitverpfändet angesehen werden kann.

⁹³⁾ P.L.R. I, 11, § 871, 873, 874, 942; Dernburg § 191, Art. 290, Z. 3, 371, 381 H.G.B.; Dalloz, Vo. Louage d'ouvrage et d'industrie N. 7, 87; Striethorst LXIX, 186.

⁹⁴⁾ Busch IV, 170 K.G. Burg 1864; ebenso Dalloz Vo. Louage No. 103, 104

⁹⁵⁾ Seuffert XXIV, 143. München (1868).

⁹⁶⁾ Windscheid § 260, am Schlusse; vergl. fr. 1 pr. de usur 22, 1 das schwerlich bloss auf gesetzliche Zinsen zu beziehen ist; ferner Dernburg § 351 Note 1; Lyon Caën et Regnault, Précis No. 646; österr. Gesetz v. 14. Juni 1868 R.G.B. 62, § 2; Art. 287 H.G.B.; Dalloz 54, V, 466. Lyon 1851; Striethorst LIV, 343 ff.

In dieser Beziehung bestehen für bewegliche und unbewegliche Sachen allerdings ganz verschiedene Grundsätze. Die erstern bilden in der Regel schon physisch ein Ganzes, das sich scharf von andern Sachindividuen abgrenzen lässt. Zweifellos sind aber die mathematischen Flächen, die einen physischen Körper einschliessen, nicht das allein Entscheidende; der Jurist spricht nicht selten von einer Sache, wenn mehrere physische Körper, sei es als Hauptsachen, sei es als Haupt- und Nebensache, miteinander verbunden sind: z. B. Säbel und Scheide, Schmuck und das dazu gehörige Etui. Darüber, was eine Sache im juristischen Sinne oder gar, was als Sachgesammtheit zu betrachten ist, können daher nur die Gewohnheiten des Verkehrs Auskunft geben.⁹⁷⁾

Insbesondere sind jene beweglichen Sachen als mit einer beweglichen oder unbeweglichen Sache mitverkauft, mitverpfändet etc. zu betrachten, die sich als Nebensachen (sei es Pertinenzen oder Akzessionen) darstellen. Dafür, was als Nebensache in diesem Sinne zu betrachten ist, sind wieder die Usancen maassgebend: es handelt sich darum, wie die Sache gewöhnlich behandelt wird, welche Nebensache gewöhnlich als Pertinenz, Akzession oder Bestandtheil betrachtet und vorausgesetzt wird.⁹⁸⁾

Davon handeln die Quellen: *Aedibus distractis vel legatis ea esse aedium solemus dicere quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur, ut puta putealia.*⁹⁹⁾ Man kann diese Stelle kaum anders übersetzen, als: Wenn ein Haus verkauft oder vermacht wird, so pflegen wir zu sagen, das gehöre mit zum Hause, was als ein Theil des Hauses oder eine solche Sache, die blos des Hauses wegen da ist, allgemein betrachtet wird. Es kommt also nicht darauf an, ob eine Sache einer andern Sache wegen da ist, sondern darauf, ob eine Sache als eine solche allgemein betrachtet wird, welche einer andern Sache wegen da ist.¹⁰⁰⁾ Zweifellos giebt es Stellen, welche das Moment der Usance ganz aus dem Spiele und es blos darauf ankommen lassen, ob eine Sache objektiv genommen, einer

⁹⁷⁾ Unger I, S. 476.

⁹⁸⁾ Vergl. namentlich R.O.H.G. XI, 106 (1873); Seuffert XXXII, 179. Darmstadt 1876.

⁹⁹⁾ Fr. 13, § 31 de A.E.V. 19, 1: vergl. fr. 36, 37 de S.P.U. 8, 2.

¹⁰⁰⁾ Häufig übersetzt man *quae propter aedes habentur* mit „welche ... des Gebäudes wegen gehalten werden.“ Diese Uebersetzung setzt voraus, dass *haberi* im ersten Theile des Satzes etwas anderes bedeutet als im zweiten: im ersten „betrachtet werden“, im zweiten „gehalten werden“. Soll aber *haberi* hier in seiner

Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung.

andern wegen da ist, oder nicht.¹⁰¹⁾ In diese Stellen muss eben die richtige Interpretation hineingelesen werden. Sie sagen in der That nur: dasjenige, was bleibend den Zwecken einer andern Sache dient, werde allgemein als zu derselben gehörend betrachtet.

Dies entspricht im Grunde genommen auch der herrschenden Ansicht. Dass die über die Pertinenzien in die Gesetzbücher und Lehrbücher aufgenommenen Regeln nichts sind als kodifizierte (formulierte) Usancen, wurde insbesondere sehr klar von Windscheid ausgesprochen, der gegen Göppert polemisirend bemerkt, dieser wolle „alles auf Willensinterpretation gestellt und demnach die ganze Lehre von den Zubehörungen beseitigt wissen, obwohl auch er einen Unterschied macht zwischen Auslegung einer Verfügung aus andern Gründen und der Bestimmung des Sinnes derselben nach den Gewohnheiten des Verkehrs.“¹⁰²⁾

Mit den obigen Ausführungen stimmt es nun vollständig überein, wenn man diese Pertinenzen, Akzessionen, die der Usance zufolge als Bestandtheile einer andern Sache angesehen werden, daher durch jede Verfügung über die Sache nach der Usance getroffen werden, als in der Erklärung „stillschweigend“, das heisst usancenmässig inbegriffen bezeichnet. So wenn man davon spricht, die Früchte einer verpfändeten Sache seien „stillschweigend“ mitverpfändet,¹⁰³⁾ oder wenn Arndts es als ein Merkmal der Pertinenzen bezeichnet, dass eine rechtliche Verfügung über die Hauptsache „stillschweigend in der Regel auch auf jene sich erstreckt.“¹⁰⁴⁾

Bei den unbeweglichen Sachen dagegen sind heute zunächst grundbuchrechtliche Prinzipien maassgebend: wo daher ein Grundbuchs-

gewöhnlichen Bedeutung genommen werden, welche es im ersten Theile des Satzes zweifellos hat, so darf nicht übersehen werden, dass es den doppelten Nominativ regiert; es muss daher bei quae propter aedes habentur, propter aedes substantivirt und das ganze etwa so übersetzt werden: die als etwas angesehen werden, was des Gebäudes wegen da ist.

¹⁰¹⁾ Den sogenannten dinglichen Begriff der Pertinenz zuerst allseitig festgestellt zu haben, ist Kohler's bleibendes Verdienst. Vergl. dessen Abhandlung in Jhering's Jahrbuch XXVI, S. 1 ff.; ferner Hanausek: Ist die im Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich angenommene Behandlung der Pertinenzen zu billigen oder eine Abänderung derselben wünschenswerth und in welchem Sinne? Sonderabdruck aus den Verhandlungen des XX. Deutschen Juristentages. Von Pertinenzen in diesem Sinne ist jedoch hier nicht die Rede.

¹⁰²⁾ Windscheid § 143, Note 3. Vergl. Unger I, S. 437, andererseits S. 440.

¹⁰³⁾ Seuffert XXX, 125, Berl. 1876; XLIII, 94 O.L.G. Celle 1886.

¹⁰⁴⁾ Arndts § 54.

system besteht, das den Anforderungen des Prinzips der Spezialität genügt, dort ist die Frage leicht zu beantworten. Alles, was einen Grundbuchskörper bildet, gilt als Gegenstand des Rechtsgeschäfts, als verkauft, verpfändet. Für die Zwecke dieser Arbeit muss jedoch davon abgesehen werden und das römische bzw. gemeinrechtliche Immobilienrecht zum Ausgangspunkte genommen werden, da nur dieses vertragsrechtliche Grundsätze in ihrer Reinheit durchgeführt hat.

Für das römische und gemeine Sachrecht müsste aber die Frage eigentlich dahin gehen: Wie wird ein unbewegliches Gut individualisirt? Wie wird festgestellt, was zu dem unbeweglichen Gute gehört, welches mit einem bestimmten Namen — etwa fundus Cornelianus, bezeichnet wird? Die Antwort darauf kann nur sein, dass hierfür lokale Usancen entscheidend sind: jene Theile des Erdkörpers, welche in der Gegend als zu einem bestimmten Gute gehörig angesehen werden, gelten als zu ihm gehörig.¹⁰⁵⁾ Dieser Standpunkt, den ich für den einzigen möglichen halte, fand Ausdruck in einer Entscheidung des Obertribunals Stuttgart. Es handelte sich um eine Liegenschaft, welche ohne nähere Beschreibung ihrer Bestandtheile verkauft wurde. „Dies kann nicht die Folge haben, dass nunmehr der Verkäufer dem Käufer übergeben darf, was ihm beliebt, sondern er muss alles übergeben, was zur Zeit des Verkaufs notorisch zum Verkaufe gehört hatte.“ Der Verkäufer musste daher dem Käufer nach fr. 28 de contr. emt. 18, 1; fr. 30 § 1 de A. E. V. 19, 1 das Interesse für einen Wald leisten, welcher seit jeher ein Theil des Hofguts gewesen ist, daher dem Gesagten zufolge als mitverkauft gelten muss, obwohl er kurze Zeit vor dem Verkaufe des Guts von dem Verkäufer veräußert worden ist.¹⁰⁶⁾ Dieselben Grundsätze werden aber auch dort zur Anwendung kommen, wo ein Grundbuchssystem vorhanden ist, wenn infolge der Irrungen bei Vermessungen Parzellen entstehen, die zu keinem Grundbuchskörper gehören. Diese müssen im Verkehre, bei Verkäufen, Verpfändungen, als zu jenem Grundbuchskörper gehörend angesehen werden, als dessen Bestandtheil sie allgemein angesehen werden.¹⁰⁷⁾

¹⁰⁵⁾ Vergl. fr. 52, § 3 de A. E. V. 19, 1.

¹⁰⁶⁾ Seuffert V, 153 O. T. Stuttgart 1834; vergl. auch Berlin O. T. XLVI, S. 15 ff. (1861).

¹⁰⁷⁾ Gierke in Schmoller's Jahrb. XIII, S. 308 will eigenthümlicherweise in einem solchen Falle von der Ersitzung den Erwerb abhängig machen: obwohl es sich

b) Mimische und symbolische Handlungen.

Ebenso wie Worte überhaupt das hauptsächlichste Mittel zur Mittheilung menschlicher Gedanken und Willensregungen bilden, sind sie auch, und zwar aus demselben Grunde, das vornehmste Organ der juristischen Willenserklärung.¹⁾ Wie aber auch sonst im Leben Gedanken und Willensregungen nicht bloß durch Worte, sondern auch durch andere Zeichen ausgedrückt werden, so kommt dies hie und da auch bei juristischen Erklärungen zuweilen vor: so beispielweise, dass Jemand anstatt „ja“ zu sagen bloß mit dem Kopfe nickt,²⁾ dass ein Gläubiger anstatt dem Schuldner zu sagen: ich erlasse Dir die Schuld, ihm bloß den Schuldschein zurückstellt,³⁾ dass Jemand, anstatt die Vollmacht mit Worten zu widerrufen, die Vollmachtsurkunde zerreisst⁴⁾ dass der Pfandgläubiger den Verkauf des Pfandes nicht mit Worten genehmigt und dadurch auf sein Pfandrecht verzichtet, sondern bloß die Ueberweisungsurkunde entgegennimmt,⁵⁾ dass der Eigenthümer eines Hauses die Zustimmung zu dessen Verpfändung dadurch ausdrückt, dass er die Pfandbestellungsurkunde schreibt.⁶⁾ Hierher gehört auch der heute unpraktische *iactus lapilli*.^{6a)}

In allen diesen Fällen bieten solche „thatsächliche“ stillschweigende“ „vermuthete“ Willenserklärungen nichts Eigenthümliches, nichts was sie von der ausdrücklichen Willenserklärung in rechtlicher Beziehung unterscheiden würde.⁷⁾ Die Handlungen, auf welche es

doch um die Begründung einer objektiven Norm, nicht eines subjektiven Rechts handelt.

¹⁾ Vergl. Zitelmann in Jhering's Jahrb. XVI, S. 367. Schall, der Parteiwille im Rechtsgeschäft S. 13.

²⁾ Fr. 52, § 10 de oblig. et act. 44, 7; fr. 1, § 2 de verb. oblig. 45, 1; fr. 17 de novat. et deleg. 46, 2.

³⁾ Fr. 2, § 1 de pact. 2, 14; Seuffert XVI, 255 Cassel (1854), XIX, 223, O.G. Wolfenbüttel (1864); Sächs. XXVII, 265 (1865).

⁴⁾ Striethorst LXIV, 242 (1866).

⁵⁾ Seuffert XVI, 47. Berlin (1858).

⁶⁾ Fr. 26, § 1, de pign. et hyp. 20. 1. — Czychlarz, zur Lehre von der Resolutivbedingung S. 54, N. 13 erblickt in einem wechselseitigen unter Umständen auch der einseitigen *acceptilatio* fr. ult. de accept. 46, 4; fr. 4 pr. de rescind. vend. 18, 5; fr. 8 de accept. 46, 4, einen stillschweigend erklärten *contrarius consensus*, — wohl in dem hier erörterten Sinne.

^{6a)} Fr. 1, § 6 quod vi aud clam 43, 24.

⁷⁾ Zitelmann a. a. O.

hier ankommt, sind ganz in demselben Sinne Willenserklärungen, in welchen man diesen Ausdruck anwendet, wenn man von wörtlichen Willenserklärungen spricht; sie müssen nach jeder Richtung hin denselben Erfordernissen genügen, auch sind für die Interpretation dieser Willenserklärung dieselben Momente maassgebend, wie für die Interpretation jener, die in Worten bestehen. Insbesondere hat die Usance keine andere Bedeutung wie sonst; ob das Nicken mit dem Kopfe eine Bejahung oder Verneinung bedeutet, wird nach dem Gebrauch in der Gegend beurtheilt. Die Ansicht des Pedius ist nicht bloß in formeller, sondern auch in materieller Beziehung richtig: *nihil referre proprio nomine res appelletur an digito ostendatur an vocabulis quibusdam demonstratur: quatenus mutua vice fungantur quae tantundem praestent.*⁸⁾

Nur dort kann dies selbstverständlich nicht gelten, wo eine bestimmte Form der Willenserklärung vorgeschrieben ist: dort gilt aber auch nicht jede wörtliche Willenserklärung, sondern nur jene, welche in der bestimmten Form erfolgt ist. Das Eisenbahn-Betriebsreglement schreibt in einem Falle eine nicht wörtliche Form der Willenserklärung vor: Der Frachtvertrag soll nämlich durch die Ausstellung des Frachtbriefes seitens des Absenders und durch die zum Zeichen der Annahme erfolgende Aufdrückung des Expeditionsstempels Seitens der Expedition der Eisenbahnunternehmung geschlossen werden.⁹⁾ Das Reichsgericht spricht auch hier von einer „stillschweigenden“ Willenserklärung.¹⁰⁾

In den vorbenannten Fällen haben wir es mit Handlungen zu thun, welchen die rechtliche Tragweite von Willenserklärungen zugeschrieben wurde: es finden sich jedoch schon in den Quellen Entscheidungen, in denen Unterlassungen, das vollständig passive Verhalten, das Stillschweigen als Willenserklärung behandelt wurde.¹¹⁾

⁸⁾ Fr. 6 de reb. cred. 12, 1; vergl. fr. 29 de adopt. 1, 7; fr. 2 pr. de pacto 2, 14.

⁹⁾ Oesterr. Eisenbahnbetriebsreglement v. 20. Juni 1874 R.G.B. No. 75; deutsches Eisenbahnbetriebsreglement vom 10. Juli 1870.

¹⁰⁾ Seuffert XXXVII, 141 R.G. 1881.

¹¹⁾ Fr. 34 de don. i. v. et n. 24, 1; fr. 22, § 10; fr. 53, 58, § 1 mand. 17, 1; fr. 12 de evict. et dupl. stip. 21, 2; C. 5 ad. S.C. Vell. 4, 29; C. 6 mand. 4, 35. Es ist schon auf den ersten Blick hin klar, dass sich diese Quellenstellen so wie die weiter unten nachfolgenden Beispiele aus der modernen Rechtssprechung auf Fälle der stillschweigenden Ermächtigung oder Genehmigung beziehen, mit denen sich die vorliegende Schrift nicht beschäftigt (vergl. Vorrede). Andere Fälle,

Es wäre jedoch ganz verfehlt, in diesen Fällen das Stillschweigen, die Unterlassung einer jeden Aeussereung als das rechtlich wirksame Element zu betrachten. Im realen Leben dürfte es sich schwerlich je ereignen, dass Jemand einer seine Rechtssphäre, seine Interessen berührenden Rechtshandlung beiwohnt, ohne dass die Anwesenden aus allen obwaltenden Umständen, aus seinem ganzen Gehaben, aus seinem Verhalten vor oder nach derselben, entnehmen könnten, ob er zustimmt oder die Zustimmung verweigert. Ob er das eine oder das andere thut, das wird der Zeuge in der Regel besser beurtheilen können als der Richter; es handelt sich hier nicht um eine juristische Frage, das Mienenspiel oder eine Handbewegung ist wichtiger als ein Quellenzitat.¹²⁾ Freilich können Umstände vorliegen, unter denen das Stillschweigen ein ebenso typischer Ausdruck für die Zustimmung, wie etwa das Wörtchen „ja“ ein typischer Ausdruck für die Bejahung ist.¹³⁾ Ich erwähne des Falles, wo die Braut schweigt, während sie vom Vater verlobt wird. Kann man da zweifeln, dass sie zustimmt? Ich sehe hiebei ab von fr. 22 pr. de spons. 23, 1, über deren historischen Zusammenhang kein Zweifel sein kann.¹⁴⁾ Wenn man nur die heutige Auffassung in Betracht zieht, so wird man sagen, dass die Braut sehr häufig, wenn nicht in der Regel ihre Zustimmung zur Verlobung nicht durch Worte, sondern durch ihr Stillschweigen ausdrückt.

Die Fälle eines solchen beredten Schweigens mögen im Allgemeinen im Leben nicht selten vorkommen. Artikel des täglichen Bedarfes werden z. B. von ständigen Lieferanten den ständigen Abnehmern häufig ins Haus gebracht, in Gegenwart des Abnehmers oder eines Vertreters desselben abgeladen; hierauf entfernt sich der Liefernde ohne mit dem Abnehmer auch nur ein Wort über das Geschäft zu sprechen. Hier ist zweifellos ein giltiger Kauf zu Stande gekommen. In den Quellen und der modernen Rechtssprechung sind aber blos die Fälle vertreten, wo angenommen wurde, dass derjenige, der stillschweigend eine für ihn oder in seinem Namen vor-

wo derartiges Verhalten als Erklärung behandelt worden wäre, sind sehr selten. Trotzdem wurden alle diese Fragen hier in Betracht gezogen, da sie vom theoretischen Standpunkte aus nicht übergangen werden können.

¹²⁾ Vergl. fr. C. 5 ad S.C.: Vell. 4, 29, C. 2 si res alien. 8, 15; Grünhut, Kommissionshandel S. 77 ff.

¹³⁾ Vergl. Hölder Pand S. 268.

¹⁴⁾ Leist, Gräco-ital. Rechtsgesch. S. 167.

genommene Handlung geschehen lässt, sie hierdurch genehmigt. Es wird jedoch in diesen Fällen nirgends etwa ein allgemeiner Satz anerkannt, dass Stillschweigen an sich eine Erklärung sei. Wenn sich die Quellen damit begnügen, den Vorgang, bei dem die Partei, um die es sich handelte, stillschwie, zu erzählen, und daraus allein auf ihre Zustimmung schliessen, so liegt der Grund darin, weil der Vorgang schon an sich so geartet war, dass alle Anwesenden den Eindruck empfangen haben, die Partei drücke durch ihr Stillschweigen die Zustimmung aus. Wie stark dieser Eindruck unter Umständen sein kann, ergibt sich daraus, dass die C. 5 ad S.C. Vell. und C. 2. si aliena res unterstellen, der andere Theil sei durch das Schweigen getäuscht worden.

Wortreicher sind die modernen Entscheidungen. Man sucht sorgfältig die Umstände zu würdigen, aus denen auf den Willen des Schweigenden geschlossen werden kann, andererseits wird gefragt, ob die Anwesenden den Eindruck erhielten, dass der Schweigende durch das Schweigen seine Zustimmung ausdrücken wolle. So wird gesagt, „dass der Verkäufer des Pferdes mit Rücksicht darauf, dass sich die mit ihm unterhandelnde Person stets der mehrheitlichen Form bediente, begründeten Anlass hätte, nicht bloß diese, sondern auch die andere stillschweigende Person, (einen Gelegenheitsgesellschafter des Käufers) als Kontrahenten anzusehen.“¹⁵⁾ In ähnlicher Weise entschied das Berliner Obertribunal, dass der Eigenthümer eines Hauses für die in seiner Gegenwart in seinem Namen für das Haus bestellte Wasserleitung für seinen Antheil aufkommen muss.¹⁶⁾ Der Ehemann, der mit anhört, wie an ihn und seine Frau das Verlangen gestellt wird, dass sich die letztere verbürge und sich unter Zurücklassung seiner Ehefrau entfernt, damit diese die erforderliche Bürgschaft vor Gericht ausspricht, hat eben in einer konkludenten Weise ausgedrückt, dass er der Verbürgung seiner Ehegattin nicht entgentreten wolle.¹⁷⁾ „Es kann wohl erwartet werden, dass, wenn eine Frau mündlich mit einem Dritten über eine für ihre Person und ihr Vermögen wichtige Angelegenheit verhandelt, und mit diesem einen ihr in der einen oder der anderen

¹⁵⁾ W.R.N.F. V, 98, R.O.H.G. 1872; vergl. auch Berl. O.T. XXXII, S. 349, (1856).

¹⁶⁾ Seuffert XXXII, 205. Berlin 1870.

¹⁷⁾ Ackermann IX, 222. Dresden 1858; vergl. Ackermann VII, 87. Dresden 1856.

Beziehung nachtheiligen Vertrag eingehen will, dann der bei der Verhandlung unausgesetzt anwesende Ehemann, um pflichtmässig seine Frau vor Nachtheilen oder doch wenigstens vor prozessualischen Weiterungen zu schützen, dem Abschlusse eines Vertrages widersprechen würde, dass daher der andere Kontrahent vollkommen zur Annahme berechtigt ist, dass ein Ehemann, welcher es unter diesen Umständen ohne Widerspruch zum Abschlusse des Vertrages kommen lässt, denselben dem Interesse seiner Gattin entsprechend erachtet und daher zu demselben seine Einwilligung ertheilt habe.“¹⁸⁾ Interessant ist auch die Begründung einer vom Wiener Obersten Gerichtshofe bestätigten Entscheidung des O.L.G. Graz: die Gattin habe den von ihrem Gatten veranlassten, aus dem gemeinschaftlichen Vermögen bestrittenen Bau einer Villa durch ihre stillschweigende Assistenz genehmigt. „Ihr Einverständniss“ sagt es, „wurde nicht vermuthet, sondern durch viele Zeugen konstatirt, welche bestätigt haben, dass die Klägerin beim Baue der Villa fortwährend anwesend war.“¹⁹⁾

Endlich soll noch die Begründung einer Dresdener Entscheidung angeführt werden, welche für sich selbst spricht. „Allerdings hat sich der Kläger nicht ausdrücklich darauf zu berufen vermocht, dass der Erblasser der Beklagten die zum Umbaue seines Hauses erforderlichen eisernen Träger bei ihm bestellt habe. Aber hierfür spricht der Umstand, dass er bei der Besichtigung gegenwärtig gewesen ist, welche der Kläger zu dem Zwecke der Abgabe eines technischen Gutachtens über die Qualität und Quantität der zum Umbaue seines Hauses verwendeten Gusseisenwaare vorgenommen hat, dass er sich mit den technischen Ansichten des Klägers einverstanden erklärte und den letzteren noch insbesondere gebeten hat, ja nur alles solid und dauerhaft auszuführen.“²⁰⁾ Dagegen erblickt der Pariser Kassationshof darin, dass der Gatte den von seiner Frau unterschriebenen Vertrag, wie diese es wünschte, dem Huissier überbrachte, nicht die Ertheilung der eheherrlichen Genehmigung und hob die entgegengesetzte Entscheidung des Pariser Appellationsgerichtshofes auf.^{21) 22)}

¹⁸⁾ Sächs. XV, 410 (1856).

¹⁹⁾ G.U. XXII, 9935 (1884).

²⁰⁾ Sächs. XXXIII, 333 (1869).

²¹⁾ Puchelt III, 416; vergl. auch Dalloz 54, I, 67, 70, I, 356.

²²⁾ Vergl. hierzu noch das zuerst von Schall, Parteiwille im Rechtsgeschäft S. 31 angeführte, den Leyser'schen Meditationes entnommene Helmstädter Erkenntniss.

An eine derartige Willenserklärung durch Stillschweigen denkt wohl auch Zitelmann, wenn er bemerkt: „Wer sich versprochen oder verschrieben hat, merkt wenigstens in vielen Fällen alsbald aus den weiteren Verhandlungen, dass er sich versprochen oder verschrieben habe; korrigirt er dann sein eingesehenes Versehen nicht, so billigt er stillschweigend nachträglich die vorher willenslos abgegebene Erklärung und es liegt eine zweite zwar stillschweigende aber vollgiltige Willenserklärung vor.“²³⁾

So ist es auch *quaestio facti*, inwiefern die Fortsetzung der Ehe als Verzicht auf die Anfechtung wegen Nichtigkeit, auf die Geltendmachung des Rechts auf Scheidung von Tisch und Bett betrachtet werden kann.²⁴⁾

Wenn nun in all' diesen Fällen oft davon die Rede ist, die Willenserklärung habe durch Stillschweigen stattgefunden, so ist dies offenbar unrichtig. Nicht im Stillschweigen, sondern in dem ganzen Verhalten der Partei, in ihrer Anwesenheit beim Akte, ihrer physischen oder geistigen Theilnahme, ihrer Haltung, liegt die Willenserklärung. Dieses Verhalten hat aber als Willenserklärung ganz denselben Charakter, den das Wort oder das Zeichen als Willenserklärung haben und es kommen auch bei der Interpretation desselben ganz dieselben Momente in Betracht.

c) Werk und Wille.

A. Für den Inhalt des Vertrages ist zunächst maassgebend die Beschaffenheit der Leistung, die von beiden Theilen in's Auge gefasst worden ist. Wer daher eine vor ihm liegende Sache kauft oder verkauft, erklärt damit, er kaufe oder verkaufe sie so wie sie eben ist, wie sie vor ihm liegt, mit allen Vorzügen und Fehlern, welche er beim Verkaufe erkennen konnte. *Si nominatim morbus exceptus non sit, talis tamen morbus sit, qui omnibus potuit apparere* (ut puta caecus homo venibat, aut qui cicatricem evi-

²³⁾ Zitelmann, Jhering's Jahrb. XVI, S. 405.

²⁴⁾ Vergl. Seuffert XXXVIII, 114 O.L.G. Naumburg 1882. Vergl. Art. 272 C.N. und Zachariae § 477, Note *, zur vierten Auflage. Nach § 96 österr. B.G.B. verwirkt der Gatte, der nach erlangter Kenntniss von einem Ehehinderniss die Ehe fortsetzt, das Recht, die Ungiltigkeit geltend zu machen. Diese Verwirkung ist nicht als Folge eines stillschweigenden Verzichts zu konstruiren: Rittner, österr. Eherecht S. 2, Note 1. Die Frist des § 721, II, 1 P.L.R. ist Verjährungsfrist.

dentem et periculosam habebat, vel in capite vel in alia parte corporis) eius nomine non teneri Caecilius ait, perinde ac si nominatim morbus exceptus fuisset.¹⁾ Dieselbe Bestimmung enthalten die modernen Gesetzbücher.²⁾ Auch die Gerichte entscheiden in diesem Sinne. Nachstehende zwei Entscheidungen gehen wohl aus verschiedenen, hier nicht zu erörternden Gründen, zu weit, verletzen daher das Rechtsgefühl, zeigen aber, wie energisch das in Rede stehende Prinzip in der Rechtssprechung festgehalten wird: Ein Wechselstubenbesitzer, der die ihm zum Auswechseln übergebenen Fünf-Dollarstücke für Zehn-Dollarstücke nahm und als solche verwechselte, wurde mit seiner Klage auf Rückstellung des über den Werth des Geldes bezahlten Betrages abgewiesen, weil diese Qualität des Geldes leicht erkennbar war, namentlich für einen Fachmann.³⁾ In einem Falle, wo anstatt der vereinbarten Stahlfedern Eisenfedern geliefert wurden, entscheidet das Handelsappellationsgericht Nürnberg: „Hat der Käufer die Waare schon vorher bei Abschluss des Kaufs gesehen, so gilt sie als von ihm genehmigt.“⁴⁾

Dieselbe Bedeutung hat die den Parteien bekannte Qualität und die Lage der Sache, wenn sie auch beim Abschlusse des Geschäfts nicht vorlag. Es unterliegt auch in diesem Falle keinem Zweifel, dass eine jede Partei nur jene Mängel geltend machen kann, welche ihr bei Abschluss des Geschäfts nicht bekannt waren. Jede Partei erklärt, sie wolle die Sache so geben oder so nehmen, wie sie ist, oder eigentlich, wie sie erscheint.⁵⁾ Die Vorstellung, welche die Parteien von der Sache hatten oder haben mussten, wird hier zur *lex contractus*. Wer z. B. ein Geschäftslokal in einem notorisch feuchten Stadtheile miethet, kann die Auflösung der Miethe wegen Feuchtigkeit des Objekts nicht fordern.⁶⁾ Darin liegt auch

¹⁾ Fr. 14, § 10 de aedil. ed. 21, 1.

²⁾ § 928 österr. B.G.B. Art. 1641, 1642, C.N.; für das preussische Landrecht vergl. Dernburg § 143.

³⁾ G.U. XXI, 9688 (1883).

⁴⁾ Busch XV, 187. Nürnberg 1867 = Entsch. H.A.G. Nürnberg I, S. 217. Ebenso Busch XVI, 6 O.H.G. Stuttgart 1868.

⁵⁾ Fr. 57, 58 de contr. emt. 18, 1.

⁶⁾ Dalloz 74, II, 108. Lyon 1873; vergl. ibid. 49, V, 272. Paris. Aehnlich Seuffert XXXVI, 115 R.G. 1880. Dass dieser Grundsatz rücksichtslos durchgeführt, sozialpolitisch sehr bedenklich werden kann, ist zweifellos; vergl. Menger Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, zweites und drittes Tausend, S. 184.

die Bedeutung der Probe oder des Musters. Der Geber und der Empfänger des Musters erklärten, die Waare wird dieselben Eigenschaften haben wie diese Muster, insofern die Eigenschaften aus dem Muster zu entnehmen sind.⁷⁾

Aehnlich verhält es sich im Verkehre mit der Belastung der Immobilien mit Dienstbarkeiten, die auch in dieser Beziehung nichts anderes sind als Eigenschaften des Gutes: *condicio fundi*⁸⁾ *praedia qualiter se habentia*.⁹⁾ Maassgebend ist nicht nur der rechtlich, sondern auch der thatsächlich vorhandene Zustand.¹⁰⁾ So sind die Veranstaltungen mitverkauft, die thatsächlich geübten Servitutsrechten entsprechen, wenn sie noch auf dem Gute vorhanden sind, z. B. Wasserleitungsröhren.¹¹⁾ Allerdings giebt es nach den Digesten sowohl wegen der anscheinenden Freiheit von Servituten als auch wegen der anscheinenden Zugehörigkeit von solchen keine Haftung, wenn dieselbe nicht ausdrücklich versprochen wurde.¹²⁾ Allein diese Regel ist offenbar sehr archaistisch.¹³⁾ Dafür, dass zu *Venuleius* Zeiten die Dienstbarkeiten *üsancemässig* als mitübertragen galten, spricht gerade der eigenthümliche Ausdruck: *servitutes tacite secutae*.¹⁴⁾ Im heutigen Rechte gilt zweifellos das entgegengesetzte Prinzip insofern es nicht durch das Grundbuchssystem ausgeschlossen ist.

Eine besondere Gestalt erhält dieses Problem dann, wenn der Eigenthümer zweier Liegenschaften, der die eine zum Vortheile der anderen benutzt, jene Liegenschaft verkauft, die er bisher als die herrschende oder dienende behandelte.¹⁵⁾ Die gemeinrechtliche Praxis

⁷⁾ Vergl. über alle diese Fragen Hanausek, Haftung des Verkäufers Bd. I, S. 83 ff.

⁸⁾ Unger I, S. 455.

⁹⁾ Fr. 86 de verb. sign. 5, 16.

¹⁰⁾ C. 1 de serv. 3, 34.

¹¹⁾ Vergl. fr. 47 de contr. emt. 18, 1, das jedoch nur von wirklich vorhandenen Dienstbarkeiten handelt.

¹²⁾ Fr. 75 de evict. 21, 2.

¹³⁾ Bechmann I, S. 246; vergl. auch Göppert, organische Ereignisse S. 58 ff.

¹⁴⁾ Welche Bedeutung kommt dem Ausdrucke „*tacite accedere*“ zu? Es bedeutet jedenfalls s. v. a. „als mitverkauft gelten“, ohne dass dieses mit ausdrücklichen Worten vereinbart worden wäre; vergl. Seuffert XI, Wiesbaden (1845), XI, 121 (Mannheim 1845) XXX, 115 (Darmstadt 1876).

¹⁵⁾ Windscheid § 212, Note 13; Seuffert XIII, 212 O.T. Stuttgart 1844; Seuffert XX, 209. Wiesbaden 1858. (Es wird schon aus der Thatsache der Be-

nimmt auf recht schwache quellenmässige Belege hin an, dass in einem solchen Falle die der thatsächlichen Uebung entsprechende Dienstbarkeit als bestellt gelten müsse. Gesetzlich sanktionirt erscheint diese Auffassung im Code Napoleon, der in drei Artikeln die Entstehung der ständigen und in die Augen fallenden Dienstbarkeiten *par destination du père de famille* regelt.¹⁶⁾ Aehnlich das preussische Recht.¹⁷⁾ Ohne jede gesetzliche Grundlage brachte der österr. O.G.H. in einer älteren Entscheidung dieses schon dem damaligen österreichischen Grundbuchssystem zuwiderlaufende Prinzip in einer interessanten Entscheidung zur Anwendung. „Wenn der § 481 B.G.B. bestimmt, dass das dingliche Recht der Dienstbarkeit an unbeweglichen Sachen nur durch Eintragung in die öffentlichen Bücher erworben werden kann, so hat auch diese Regel ihre Ausnahme, wenn die Servitut, wie es hier der Fall ist, aus einem vollendeten Werke entspringt und in einem bereits vollendeten Baue besteht; denn das Gesetz will allerdings den wirklich Getäuschten schützen, nicht aber auch jenen, welcher von dem Bestande der Dienstbarkeit durch den Jedermann in die Augen fallenden Bau wohl unterrichtet ist.“¹⁸⁾

Es handelt sich daher bei diesen *servitutes tacitae*, sowie in dem vom österr. Obersten Gerichtshofe entschiedenen Falle thatsächlich nur um einen Grundsatz der Vertragsinterpretation: Wenn ein Vertrag abgeschlossen wird über ein Grundstück, das beide Theile kennen und das sich äusserlich als dienend oder herrschend darstellt, so wird ihre Erklärung dahin ausgelegt, dass sie beide einwilligen, das Grundstück so zu übertragen und zu übernehmen, wie es ist, dass sie es als herrschend oder dienend übergeben und übernehmen wollen. Es liegt daher nur eine Anwendung des Grundsatzes vor, dass die Sache, über die ein Vertrag abgeschlossen wird, in dem Zustande zu übergeben und zu übernehmen ist, in dem sie sich befindet.

Ganz anders verhält es sich dann, wenn der Gegenstand des Vertrages dem einen oder dem anderen Kontrahenten beim Vertragsabschlusse noch nicht bekannt war: in einem solchen Falle

nutzung geschlossen, dass es sich um ein wesentliches Bedürfniss des herrschenden Grundstückes handelt.) XXI, 105. Kassel 1865.

¹⁶⁾ Art. 692—694 C.N.

¹⁷⁾ Dernburg I, § 296, Text zu Note 6 u. 7 u. diese Noten.

¹⁸⁾ G.U. III, 1322 (1861); nicht dagegen G.U. I, 150.

können Zweifel entstehen, ob der Gläubiger eine Leistung als Erfüllung werde gelten lassen. Man kann also in einem gewissen Sinne behaupten, dass die Leistung als solche, an und für sich noch keine Erfüllung ist, sie wird es erst dadurch, dass sie der Gläubiger als Erfüllung anerkennt und genehmigt; bis dahin erhält der Schuldner, der geleistet hat, höchstens ein Recht auf die Genehmigung. Die Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht daher stets aus zwei Geschäften, die unter Umständen auch zeitlich auseinanderfallen: aus der Leistung des Schuldners und der Anerkennung derselben als Erfüllung durch den Gläubiger.¹⁹⁾

Diese Genehmigung hat nun eine verschiedene Bedeutung, je nachdem die Leistung offenbar vertragsmässig ist oder nicht.²⁰⁾ Im ersteren Falle, der bei liquiden Forderungen von Geld oder Werthpapieren (bei einem certum) die Regel bildet, bedeutet sie eben nur: die Leistung ist vertragsmässig, ich genehmige sie daher. Eine solche Erklärung ist, wenn auch der Gläubiger hierzu verpflichtet ist, nichtsdestoweniger in demselben Sinne ein selbständiges Geschäft, wie auch sonst die Anerkennung einer wahren Thatsache.²¹⁾ Anders verhält sich die Sache dann, wenn es zweifelhaft ist, ob die Sache vertragsmässig ist oder nicht: dann ist die Anerkennung kein einseitiges Geschäft, sondern ein Vertrag, der umsomehr die Natur eines Vergleiches annimmt, je mehr vom Empfänger bei der Annahme wirklich Zweifel rege gemacht wurden, auf deren Geltendmachung dann vielleicht mit Rücksicht auf anderweitig gebotene Vortheile verzichtet wurde. Jedenfalls wirkt aber das durch die Annahme der Leistung als Erfüllung zustande gekommene Geschäft in eigenthümlicher Weise auf die Interpretation des erfüllten Vertrages zurück. Der Vertrag wird jetzt so aufgefasst, wie er aufgefasst werden müsste, wenn der Gegenstand beim Abschlusse vorgelegen oder dessen Lage und Qualität den Parteien sonstwie

¹⁹⁾ Art. 346 H.G.B.; vergl. hierüber auch Gareis: das Stellen zur Disposition S. 21 ff., 28 ff., namentlich S. 39 ff. Bechmann II, 333. Nur bezieht sich das, was er dort von Lieferungsgeschäften sagt, auf jeden Kauf, bei dessen Abschluss der Käufer den Zustand der Waare nicht kannte. A.C. III, 504 (1874).

²⁰⁾ Vergl. zum Nachfolgenden namentlich Goldschmidt in seiner Zeitschr. Bd. XIX, S. 114; Windscheid § 394, N. 22 ad. b. Nicht zu verwechseln ist damit Exner's Tradition S. 5 ff., Lehre, von der Tradition als dinglichem Vertrag. Es handelt sich hier nicht um die dinglichen, sondern um die sogenannten obligatorischen Folgen der Tradition.

²¹⁾ Unger, in der Grünhut'schen Zeitschrift Bd. XV, S. 531.

bekannt gewesen wäre: die dem Empfänger bei der Annahme erkennbare Qualität und Lage des Gegenstandes wird eben ex post zur *lex contractus*. Gerade so wie Derjenige, welcher eine vor ihm liegende Sache kauft, erklärt: ich kaufe diese Sache mit allen für mich jetzt erkennbaren Fehlern oder Mängeln, erklärt auch Derjenige, welcher eine Sache als Erfüllung eines vorhin abgeschlossenen Kaufs annimmt: ich habe eine solche Sache im Sinne gehabt, ich setze alle Vorzüge, Fehler und Mängel voraus, die ich an dieser mir geleisteten Sache erkenne oder zu erkennen in der Lage bin. Das Verhältniss ist dasselbe, wie wenn ihm die Sache schon beim Abschlusse des Vertrages bekannt gewesen wäre — selbstverständlich auch nicht in höherem Maasse als wenn dieses der Fall wäre: die Gewährleistung innerhalb der gesetzlichen Grenzen ist daher keineswegs ausgeschlossen.²²⁾ Wegen einer bei der Annahme erkennbaren Eigenschaft des Objekts können aber später ebensowenig Zweifel mehr rege gemacht werden, wie aus diesem Grunde nachträglich Gewährleistung verlangt werden kann. Der Gläubiger hat durch die vorbehaltlose Annahme anerkannt, nicht nur dass die Leistung dem Vertrage, sondern auch dass der Vertrag der Leistung entspricht: die vorbehaltlose Annahme der Leistung gleicht ihrer Wirkung nach gewissermaassen einem nachträglichen Uebereinkommen über die Bedeutung einzelner in der Textirung des Vertrages vorkommender Ausdrücke oder Wendungen.

Die dem Vertrage, wie allen andern menschlichen Dingen, anhaftende Mangelhaftigkeit erhöht ungemein die praktische Bedeutung der Annahme der Leistung als Interpretationsmittel des Vertrages. Abgesehen etwa von Verträgen über Leistungen von Geld und Werthpapieren, ist es kaum je möglich, einen Vertrag so zu formuliren, dass über Art und Modalitäten der vereinbarten Leistung gar kein Zweifel übrig bliebe. Giebt es doch chikanöse Geschäftsleute, welche jede Vertragserfüllung prinzipiell anfechten, selbst wenn die Leistung ihre Erwartungen übertroffen hätte. Am wenigsten helfen bekanntlich die vielen Worte in dieser Beziehung; jedes Wort, das man hinzufügt, kann neuem Zweifel Raum geben. Mit der oben erwähnten Ausnahme weiss daher auch der Schuldner nur selten im Vorhinein, wie die Leistung nach der Auffassung des Gläubigers beschaffen sein soll, und diese Ungewissheit wird erst

²²⁾ Vergl. Goldschmidt a. a. O.

beseitigt, wenn der Gläubiger die ihm angebotene Erfüllung annimmt, und sie dadurch als vertragsmässig anerkennt. Bis zu einem gewissen Grade enthält daher die Annahme der Leistung in den allermeisten Fällen ein nachträgliches Uebereinkommen über die Interpretation des Vertrages. Liegt die Waare bei Abschluss des Vertrages vor, so erklärt der Käufer, indem er den Kauf abschliesst, *implicite*: diese Waare will ich haben; liegt sie nicht vor, so erklärt der Käufer beim Empfange, wenn dieser vorbehaltlos geschieht, *implicite*: eine solche Waare wollte ich haben.²³⁾ Diese Grundsätze, die sowohl für das römische als auch für das gemeine Recht seit jeher feststanden, insofern es sich um den Ausschluss der Gewährleistung für solche Mängel handelt, die bei Abschluss des Geschäfts beiden Theilen bekannt oder erkennbar waren, haben zuerst in der französischen Rechtssprechung Anwendung gefunden in ihrer zweiten Funktion, welche die Rückwirkung auf die Interpretation des perfekten Vertrages betrifft. Ebenso wie für die *vices apparents* keine Gewährleistung gefordert werden kann, wenn sie schon beim Abschlusse des Vertrages bemerkt wurden oder bemerkt werden konnten²⁴⁾, soll die Gewährleistung auch dann ausgeschlossen sein, wenn dies nicht der Fall war, aber die Mängel bei der Erfüllung bemerkt wurden oder bemerkt werden konnten: die in die Augen fallenden Mängel müssen daher bei der Uebernahme der Sache stets gerügt werden, da sie sonst als genehmigt gelten.²⁵⁾

Auch dem heutigen deutschen Handelsrechte diene nachweisbar diese Auffassung zum Ausgangspunkte. Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch unterscheidet bekanntlich im Art. 347 H.G.B. zwischen dem Platzgeschäfte und dem Distanzgeschäfte und die ratio dieser Unterscheidung ist angeblich, dass der Kauf eine ganz andere Natur habe, je nachdem die Qualität und Lage der Waare

²³⁾ Daher die Bedeutung des kaufmännischen Empfanges, auch abgesehen vom Institut des merkantilischen Empfanges. Goldschmidt, Handb. I, S. 549; ähnlich auch Hofmann, Periculum beim Kaufe S. 104 ff.

²⁴⁾ Wohl aber, wenn dies nicht der Fall war: Dalloz 59, I, 212 ff.: mangelhafte Mischung des Kupfers und Zinns bei Platten, welche zur Ausschlagung eines Schiffes bestimmt waren und die erst festgestellt wurde, als das Schiff sich am Meere befand, 59, II, 102 (Lyon 1858) mangelhafte Herstellung und Adjustierung einer komplizierten Maschine.

²⁵⁾ Vergl. Zachariae II, § 355, Lyon-Caën et Renault No. 644. Im Wesentlichen auf der französischen Auffassung scheint das Urtheil erster Instanz, Seuffert XXXVII, 117, R.O.H.G. 1876 zu beruhen.

dem Käufer bei Abschluss des Geschäfts bekannt war oder nicht. Diese beiden Fälle habe man auseinander halten wollen, indem man die Bestimmung des Art. 347 H.G.B. bloß für das Distanzgeschäft gelten liess.²⁶⁾

In That und Wahrheit steht aber diese Unterscheidung mit der zwischen dem Platz- und Distanzkauf in gar keiner Beziehung: denn die Waare, die dem Käufer von einem andern Orte übersendet wird, ist diesem nicht selten ihrer Qualität und Lage nach bekannt, während es vorkommt, dass die am Wohnorte des Käufers befindliche Waare von demselben bis zur Ablieferung nicht gesehen wird. Die Fassung des Artikels trägt daher in erster Linie nicht diesem, sondern einem andern Gegensatze Rechnung, und zwar dem zwischen der Leistung eines anwesenden und jener eines abwesenden Verkäufers.²⁷⁾ Wenn bei der Empfangnahme der Leistung weder der Verkäufer noch ein Bevollmächtigter desselben anwesend ist, so fehlt es ganz an einer Person, der gegenüber die Annahmeerklärung hätte abgegeben werden können. Wird nun die Waare von einem andern Orte übersendet, so geschieht die Ablieferung mit seltenen Ausnahmen durch den Frachtführer bzw. die Eisenbahn- oder Postverwaltung, nicht aber durch eine zur Entgegennahme einer Annahmeerklärung ermächtigte Person: es kann daher, wie schon oben ausgeführt wurde, die bloße Annahme nicht als Genehmigung der offenbaren Mängel gelten. Der Art. 347 H.G.B., der der Annahme diese Bedeutung verleihen wollte, legt demgemäss den Nachdruck keineswegs, wie die französische Praxis, darauf, dass die Annahme eine Annahmeerklärung enthalte, sondern auf das der Ablieferung nachgefolgte Stillschweigen, weil er nicht, wie die letztere, den Fall ins Auge fasst, wo der Käufer bei Uebernahme der Waare den Verkäufer vor sich hat, sondern den Fall, wo den letztern vom erstern Meilen trennen. Aber auch dieser Gedanke ist im Art. 347 H.G.B. keineswegs klar zum Ausdrucke gekommen; ist es doch, auch wenn die Waare von einem andern Orte übersendet wird, immerhin möglich, dass die Leistung durch den anwesenden Verkäufer oder sonst eine zur Entgegennahme der Annahmeerklärung ermächtigte Person stattfinde, während es auch beim Platzgeschäfte vorkommt, dass dieses nicht der Fall ist. Zweifellos historisch an den soeben dargestellten

²⁶⁾ Protokolle S. 656.

²⁷⁾ Vergl. Hanausek, Haftung II, S. 82 ff., sowie Berl. O.T. XIV, 187 (1846).

Ideengang, dessen ältesten klaren Ausdruck fr. 14 § 10 de aedil. ed. bildet, anknüpfend, wächst aber Art. 347 über denselben weit hinaus. Indem er dem der Ablieferung nachgefolgten Stillschweigen die Bedeutung einer Genehmigung der Mängel beilegt, folgt er einer ganz andern, an einer andern Stelle zu erörternden Tendenz in der Entwicklung des modernen Handelsrechts, dabei allerdings in ziemlich roher Weise das für die hier besprochene stillschweigende Annahmeerklärung geltende Prinzip auf ein Stillschweigen, welches keine Annahmeerklärung ist, übertragend.

Da der Artikel 347 H.G.B. jedoch zweifellos auch den Fall mit umfasst, wo die Annahme einer von einem andern Orte übersendeten Waare dennoch unter Anwesenden stattgefunden hat, so erscheint die französische Auffassung wenigstens für diesen Fall des Distanzgeschäfts des Handelsrechts anerkannt. In der Literatur und Rechtsprechung Deutschlands ist dieselbe jedoch eigenthümlicher Weise nirgends recht eigentlich erörtert worden: unbewusst wird sie aber nicht selten richterlichen Entscheidungen zu Grunde gelegt. Am häufigsten ist dies bei Entscheidungen der Fall, welche sich auf ganz unbestimmte Vorträge beziehen; werden dieselben erfüllt, so erhält der Vertrag, wie direkt ausgesprochen wird, von der Art der Erfüllung seine nähere Bestimmung.

So wurde vom R.O.H.G. der Kauf eines Pöstchens Zucker, nachdem das infolge dieses Vertrages abgesandte Fass Zucker in Empfang genommen und erst nach vier Monaten zurückgeschickt worden ist, aus folgenden Gründen für wirksam erklärt: „Das Behalten der Waare kommt nicht in Betracht als Akzeption der Kaufofferte, denn der Vertrag ist schon vor der Absendung wirksam abgeschlossen. Die Zusendung der Waare erscheint als Erfüllungsofferte bezw. enthielt die Erklärung, dass das übersandte Quantum nach dem maassgebenden Ermessen des Klägers den Umständen angemessen ist. Wollte Beklagter dies nicht anerkennen, so durfte er die Waare nicht annehmen, oder musste doch dieselbe dem Kläger zur Disposition stellen, und es kann nicht als Sache des Klägers betrachtet werden, sich zeitlich nach der Entschliessung des Beklagten über die Annahme der Waare zu erkundigen.“²⁸⁾ Die Rückwirkung der Vertragserfüllung auf die Vertragsinterpretation erscheint hier mit aller wünschenswerthen Klarheit anerkannt.

²⁸⁾ R.O.H.G. XIII, 94 (1874).

Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung.

Aehnlich wie beim Kaufe wirkt auch bei andern Verträgen die Annahme als Genehmigung. Von allgemeiner Bedeutung ist die Uebernahme der Lieferung eines bestellten Bauwerkes durch den Bauherrn, welcher Rechtsakt in Literatur und Rechtssprechung sich einer sorgfältigen Beachtung erfreut. Betont wird namentlich, dass die Uebernahme dem Baumeister gegenüber stattfinden muss, das blosse Beziehen einer Wohnung daher nicht genüge,²⁹⁾ und dass die Uebernahme nicht auch als Genehmigung der verborgenen Fehler gelten könne.³⁰⁾ Dieselbe Bedeutung hat die Bestimmung des Handelsgesetzbuchs: durch Annahme des Gutes und Bezahlung der Fracht erlösche jeder Anspruch gegen den Frachtführer.³¹⁾

Die bisher erörterten Fälle charakterisiren wohl im Allgemeinen das Verhältniss der Vertragsvollziehung zur Interpretation. Es verlohnt sich jedoch auf die Kasuistik etwas näher einzugehen, welche in dieser Beziehung sehr lehrreich ist. Ich erwähne zunächst einen interessanten bayerischen Fall. In der Dienstinstruktion für herrschaftliche Revierjäger heisst es: „das nöthige Pulver, Blei, sowie alle anderen Jagdbedürfnisse erhält er (der Revierjäger) gleichfalls“. Auf Grund dieser Bestimmung verlangten die Erben eines Jägers, welcher dreissig Jahre hindurch den Dienst versehen hatte, Ersatz für die von ihm während dieser Zeit angeschafften Hunde, Hundefutter, Hundestreu, Jagdtaschen etc. Die Klage wurde abgewiesen, in Anbetracht, „dass dasjenige, was in dem Vertrage unklar ausgedrückt oder unbestimmt gelassen ist, durch die Modalität der von beiden Seiten beliebten Erfüllung desselben eine Erklärung findet, dass der Verstorbene kundgab, dass ihm Mehreres nicht gebühre, indem er sich sein Leben und seine vieljährige Dienstzeit über, mit dem ihm gelieferten Spesenbedarf zufrieden stellte, dass schliesslich von einem Verzicht, auf das was Jemand gebühre, gar nicht die Rede sei, sondern nur von dem durch die sprechendsten Umstände selbst geoffenbarten Anerkenntniss, zu den betreffenden Forderungen gar nicht berechtigt zu sein.“³²⁾

²⁹⁾ Seuffert XVIII, 34. Olbenburg 1862.

³⁰⁾ Seuffert XII, 153. Dresden 1857; XXXVI, 273. Braunschweig 1881. Sächs. XVII, 157 (1857); vergl. auch Sächs. XV, 146.

³¹⁾ Art. 406 H.G.B. Art. 106 C. c. ähnlich konstruirt dieses auch Schott Endemann's in Handb. III, S. 366.

³²⁾ Bl. f. R. A. XXIII, 238 (1850).

Noch klarer wurde dies in einer Entscheidung des O.L.G. Hamburg ausgesprochen. Die Beklagten übernahmen das Generaldepot der von der klagenden Gesellschaft erzeugten Waare. Nachträglich entstand ein Streit darüber, ob damit blos ein Kommissionsverhältniss angedeutet werden sollte, oder ob die Beklagten Käufer seien. Das Gericht betonte nun, dass die Klägerin nach Beginn des Geschäftsverhältnisses durch ihr gesamtes Verhalten, insbesondere durch den Inhalt der von ihr ertheilten Fakturen, die Art der Preisberechnung und a. m. ihren Standpunkt deutlich dahin zu erkennen gegeben habe, dass sie verkaufsweise die Waare den Beklagten liefern wolle; „wenn die Beklagten daraufhin unbeanstandet mit der Klägerin weiter arbeiteten, so ist dieses Verhalten an und für sich schlüssig für die Willensübereinstimmung der Parteien.“³³⁾

Von grösster praktischer Wichtigkeit ist diese Funktion der Annahme, als Mittel zur Interpretation eines bereits abgeschlossenen Vertrags, wenn derselbe eine Verpflichtung zu wiederholten, namentlich zu periodischen Leistungen begründet. Es wird Jedermann selbstverständlich erscheinen, dass der Gläubiger, der mehrere Leistungen anstandslos angenommen hatte, auch die späteren Leistungen annehmen muss, wenn sie den früheren nicht nachstehen. War es bei den ersten zweifelhaft, so ist doch der Zweifel geschwunden, nachdem beide Theile, der eine durch die Anbietung, der andere durch Annahme der Leistung, dieselbe als dem Vertrage entsprechend anerkannten. Als Beispiel sei zunächst eine Lübecker Entscheidung erwähnt, welche sich auf den Umfang einer vertragsmässig bestellten Dienstbarkeit des Viehtrifts bezieht. „Der rechtliche Gesichtspunkt, auf den es hier ankommt, ist nicht der einer erwerbenden Verjährung, sondern der einer interpretativen Observanz. Denn die Frage, wie hier das betreffende Recht in der fraglichen Beziehung auszuüben sei, ist doch jedenfalls eine zweifelhafte, und in solchen Fällen entscheidet die bisherige Observanz als maassgebende Norm und als stillschweigendes Einverständniss der Betheiligten über Sinn und Umfang der Servitutsbestellung, ohne dass die besonderen Bedingungen der erwerbenden Verjährung, namentlich die Verjährungsfrist erforderlich wären.“³⁴⁾

Aehnlichen Charakter haben folgende Entscheidungen: Ein

³³⁾ Seuffert XLIV, 259, O.L.G. Hamburg 1888.

³⁴⁾ Seuffert XV, 103. Lübeck 1848; ebenso XVIII, 17. Kassel 1863; vergl. Bähr, Urtheile des Reichsgerichts S. 14 ff.

Bauerngut wurde mit Vorbehalt des Auszugs und Benutzung gewisser Ländereien verkauft, „die der Verkäufer düngen und bearbeiten zu lassen übernimmt.“ Wer soll aber den Dünger beistellen, der Käufer oder der Verkäufer? Das O.A.G. Kassel entschied zu Gunsten des ersteren mit folgender Begründung: „Die fragliche Vertragsbestimmung ist schon dem Wortsinne nach dahin zu verstehen, dass die vorbehaltene Leistung zugleich die Verpflichtung in sich begreifen solle, den zu einer angemessenen landwirthschaftlichen Benutzung erforderlichen Dünger zu stellen. Dieses Verständniss muss aber vorliegend umso gewisser angesehen werden, als sowohl der Kläger als auch der Beklagte die fragliche Verpflichtung in dem angegebenen Sinne genommen haben.“³⁵⁾ Die Stipulation: „Kosten frei Bahnhof Döbeln“ wurde vom Reichsoberhandelsgerichte dahin gedeutet, dass die Kosten des Aufladens am Bahnhofe Döbeln vom Käufer getragen werden sollen, und diese Interpretation unter anderem auch damit begründet, „dass der Verkäufer die Kosten bei sämtlichen Sendungen in den beigefügten Frachtbriefen zu Lasten des Beklagten widerspruchslos nachgenommen hatte.“³⁶⁾ Ein Kaufmann übersandte einem Geschäftsfreunde zweimal Waare zur Auswahl und bedang sich ausdrücklich aus, derselbe solle das Nichtkouvenirende binnen acht Tagen zurückstellen. Dieser hielt beide Male die Frist ein. Zum dritten Male trug die Faktura, welche die Sendung begleitete den Vermerk: „Retourwaaren werden nur binnen acht Tagen angenommen.“ „Nach diesen Vorgängen war Kläger doch zur Annahme, dass der Beklagte auch bei der an denselben und zwar mit dessen ausdrücklichem vorläufigen Einverständnisse bewirkten Waarensendung mit der ihm in der Faktura gestellten Frist von acht Tagen einverstanden sein werde, berechtigt.“³⁷⁾

Namentlich aber ist folgende Entscheidung mit Rücksicht auf die positive Norm des französischen Rechts, die jeder Aenderung der Ehepakte nach geschlossener Ehe die Anerkennung versagt, von Interesse. Die Mutter gab ihr ganzes Vermögen, welches mit einer Rente zu Gunsten einer dritten Person belastet war, ihrer Tochter als Mitgift. Diese Rente, von deren Existenz die Neuvermählten wussten, die aber in den Ehepakten nicht berücksich-

³⁵⁾ Seuffert XVIII, 30. Kassel 1863.

³⁶⁾ R.O.H.G. XVII, 11 (1875).

³⁷⁾ Busch X, 462 O.A.G. Dresden 1866.

tigt erschien, wurde von den beiden Gatten einige Zeit hindurch bezahlt, später aber deren Zahlung verweigert. Der Appellationsgerichtshof von Montpellier, welcher in der wiederholten Auszahlung der Rente eine Ausführung der Verbindlichkeit (*une exécution de l'obligation*) erblickte, erkannte die Gatten schuldig, die fernerer Raten der Rente ebenfalls zu bezahlen und dies wurde vom Kassationshof mit der Begründung bestätigt, dass jenes Erkenntniss nicht etwa eine, nach französischem Rechte unzulässige Abänderung der Ehepakte, sondern, dass es bloß durch eine nachträgliche Interpretation den Sinn des ursprünglichen Vertrags feststelle, *en recherchant la commune intention des parties lorsque elles (les conventions matrimoniales) ont été formulé, d'après les circonstances qui les ont précédé accompagné et suivi.*³⁸⁾

Aus diesen Beispielen ergibt sich wohl zur Genüge, dass in der Erfüllung und Genehmigung der Erfüllung eines abgeschlossenen Vertrags nicht selten weit mehr enthalten ist, als die blosse Tilgung einer Verbindlichkeit: dass darin geradezu ein Uebereinkommen über die Interpretation des Vertrags, ein neuer Vertrag gelegen ist. Und diese Erwägung soll die Erörterung auf ein anderes, aber nahe verwandtes Gebiet hinüberleiten, wo die Erfüllung und Entgegennahme derselben den Abschluss des Vertrages verkörpern.

B. Als Ausdruck des Willens, einen Vertrag abzuschliessen, dient nämlich im Leben oft auch eine Handlung, deren Zweck darin besteht, den abzuschliessenden Vertrag gleichzeitig in Vollzug zu setzen, eine Handlung, die in der realen Leistung oder realen Annahme einer Leistung besteht, und die den Gegenstand der durch den Vertrag zu begründenden Verbindlichkeit bildet. In dieser Weise wird z. B. der Kauf häufig abgeschlossen. Der Käufer kommt in einen Laden, nimmt die Waare, deren Preis er kennt, an sich und legt das Geld hin. Diese konkludenten Handlungen bedeuten: ich kaufe diesen Gegenstand um diesen Preis. Der Verkäufer, der ihn gewähren lässt und das Geld in Empfang nimmt, drückt damit aus: ich verkaufe diese Waare für dieses Geld.³⁹⁾ Dasselbe gilt auch vom Kreditkauf. Oft wird die Waare dem Laden ohne Zahlung

³⁸⁾ Dalloz 55, I, 118; vergl. [Erkenntniss des O.G.H. in Wien. A.C. VIII, 1496 (1889), wo die nachträgliche rechtzeitige Einlösung aller folgenden Akzepte mit Zustimmung des Gläubigers das entscheidende Moment gewesen sein dürfte.

³⁹⁾ Dernburg, Preuss. Priv. R. Bd. I, § 91 Nd. a. 12; Hartmann, im Arch. f. civ. R. Bd. LXXII, S. 179.

stillschweigend entnommen: der Verkäufer, der den Käufer gewähren lässt, kreditirt für die Waare den bei ihm üblichen oder werthentsprechenden Preis. Allen diesen Handlungen wird hier, wie sonst wörtlichen Erklärungen, jene Bedeutung beigelegt, die sie nach der Auffassung des Verkehrs haben. Dass ein Vertragsabschluss in dieser Weise überhaupt möglich ist, hängt damit zusammen, dass es sich hier um den Kauf, einen Vertrag mit sehr einfachem und typischem Inhalte handelt. Die Leistungen bzw. die Annahme derselben gelten als Hinweis auf den typischen, allgemein bekannten empirischen Willen, der solche Handlungen zu begleiten pflegt, auf die Usance, und dieser Hinweis ersetzt jede wörtliche Vereinbarung.

Schon der Pachtvertrag, sowie die Wohnungsmiethe haben einen viel zu wenig typischen Charakter, als dass sie in dieser Weise häufig zustande kommen könnten. Doch dürfte es bei Hotelzimmern vorkommen, dass durch deren blosses Beziehen in Gegenwart des Hotelpersonals die Miethe abgeschlossen wird. Der Miethpreis, welcher im Hotel üblich ist, gilt dann als vereinbart. Häufig werden in dieser Weise Badekabinen⁴⁰⁾ gemiethet. Auch die Platzmiethe in Lagerhäusern kommt so zustande. Von einem hieher gehörigen Falle ist schon in den Quellen die Rede.⁴¹⁾

Von viel grösserer Bedeutung ist diese Art des Abschlusses beim Dienstvertrag. Er kommt zu Stande, so oft ein nach Absicht der Parteien entgeltlicher Dienst geleistet und angenommen wird. Eines so gearteten Falles erwähnen schon die Quellen: *quodsi neque gratis hanc operam susceperis neque protinus aut data aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit, placet quasi de novo negotio in factum dandum esse iudicium, id est praescriptis verbis.*⁴²⁾ Obwohl Gaius keineswegs an den Fall gedacht haben dürfte, dass eine Leistung ohne jede vorläufige Besprechung angeboten und angenommen wird, so scheint es doch zweifellos zu sein, dass die angeführte Quellenstelle diesen Fall mitentschied.

⁴⁰⁾ Vergl. z. B. G.U. VII, 3580 (1868).

⁴¹⁾ Auf einen solchen Fall bezieht sich nämlich wohl das fr. 60, § 6 loc. cond. 19, 2; vergl. auch Regelsberger in Endemann's Handb. II, S. 429, doch handelt es sich bei der Besetzung eines Platzes im Omnibus oder Dampfschiff um ein Dienstmiethe.

⁴²⁾ Fr. 22 de praescr. verb. 19, 5.

An dem Grundsatz selbst wird nicht gezweifelt. Er wird häufig genug in gerichtlichen Entscheidungen ganz allgemein ausgesprochen.⁴³⁾ Auch in modernen Gesetzbüchern fand er vielfach Ausdruck.⁴⁴⁾ Aber die praktische Anwendung desselben gestaltet sich nicht selten recht schwierig, da es in vielen Fällen kaum möglich ist, festzustellen, ob die Absicht der Parteien auf entgeltliche oder unentgeltliche Dienstleistung gerichtet war. Die Lage ist hier eben eine andere wie bei Sachleistungen — denn viel häufiger als diese, werden Dienste aus blosser Gefälligkeit, sittlichem Pflichtgefühl, Dankbarkeit, oder um rein moralisch zu Gegendiensten zu verpflichten, geleistet. Die Römer vermutheten sogar gewissermaassen die Unentgeltlichkeit der Dienste: sie nahmen im Zweifel am liebsten ein Mandat oder eine negotiorum gestio, nicht aber einen Innominatkontrakt an. Die moderne Rechtsprechung zeigt dagegen nirgends eine so ausgesprochene Aversion gegen die Entgeltlichkeit von Dienstleistungen; aber selbst das preussische Landrecht, das die Entgeltlichkeit in widestem Umfange vermuthet, hat das Berliner Obertribunal nicht verhindert, unter Umständen recht harte Entscheidungen zu fällen.⁴⁵⁾

Am zweifelhaftesten sind jene Fälle, in denen jemandem von Familiengliedern oder sonst persönlich nahestehenden Personen Dienste geleistet werden. Diese Frage soll in einem andern Zusammenhange erörtert werden.⁴⁶⁾ Am günstigsten werden Dienste behandelt, welche ein Kaufmann in Ausübung seines Handelsgewerbes leistet; für diese stellt das Handelsgesetzbuch geradezu die Vermuthung der Entgeltlichkeit auf (Art. 290 Abs. 1, Art. 371 Abs. 2 H.G.B.⁴⁷⁾ Als solche kaufmännische Dienste, welche entgolten werden müssen, werden angesehen: jahrelange Uebernahme der Bürgschaft,⁴⁸⁾ Prolongirung der Frist zur Uebernahme der im Namen des zur Ueber-

⁴³⁾ Vergl. R.G. IV, 121 (1881); Sächs. N. F. III, 84 (1839); Seuffert XXI, 48. Darmstadt 1866. XXXIV, 114. Lübeck 1877; R.O.G.H. I, 202 (1873); G.U. XIV, 6639 (1877), XXIII, 10423 (1888); Striethorst LXIX, S. 186 ff.

⁴⁴⁾ P.L.R. I, 11, §§ 873, 874; Entsch. Berl. O.T. XIV, S. 466, XV, S. 206; Striethorst XXIII, S. 83 ff., LXXII, S. 143.

⁴⁵⁾ Vergl. Striethorst XXII, 257 (1856), XXIII, 85 (1856).

⁴⁶⁾ Vergl. Seuffert VIII, 130. Kiel 1848, 259. Jena 1832, XII, 154. Kiel 1857, XXI, 47. Wolfenbüttel 1852, XXXIV, 113. Jena (Jahr?) Sächs. XXV, 72, 1863; G.U. XV, 6639 (1877), XXIII, 10423 (1888); R.G. IV, 121 (1881).

⁴⁷⁾ Hierüber Grünhut, Kommissionshandel S. 263.

⁴⁸⁾ R.O.H.G. XI, 248 (1873) = Seuffert XXIX, 127.

nahme Verpflichteten gekauften Werthpapiere,⁴⁹⁾ die Uebernahme fremder Waare in Verwahrung.⁵⁰⁾

Der Gesellschaftsvertrag ist von Natur so komplizirt, dass er eingehende und in der Regel recht umfangreiche Stipulationen voraussetzt. Um so charakteristischer ist es, dass selbst hier ein stillschweigender Abschluss durch Handlungen mehrmals angenommen wurde, allerdings unter ganz besondern Umständen. Mehrere Personen vereinbarten mit dem Eigenthümer eines Steinbruchs, dass sie das Pachtgeld für den Steinbruch gemeinschaftlich bezahlen, diesen selbst aber beliebig für sich ausbeuten könnten. Darin liegt jedenfalls nicht der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages zwischen den Pächtern selbst. Trotzdem hat das O.A.G. Darmstadt eine *societas* für abgeschlossen erachtet. „Die in den vordern Instanzen erhobenen Bedenken hätten nur darin ihren Grund, dass, wenn mehrere Personen ein Geschäft, wie die Ausbeutung eines gepachteten Steinbruches, einer Lehm- oder Sandgrube u. s. w. gemeinschaftlich unternehmen, sie in der Regel auch sofort zur Vermeidung späterer Streitigkeiten feststellen würden, wie es mit der Bestreitung der Auslagen, Vertheilung der Arbeit gehalten werden solle, und dass, wenn dies geschehen, weiter kein Zweifel bestehe, dass sie, neben dem Pachtvertrage mit dem Eigenthümer, unter sich einen Sozietätsvertrag abgeschlossen haben. Unmöglich sei jedoch ein solches besonderes Arrangement nicht, denn es versteht sich von selbst, dass jeder Theilhaber die gemeinschaftliche Sache nur soweit betreiben und benutzen dürfe, als dies ohne Beeinträchtigung der Mitkontrahenten geschehen könne, und damit sei die stillschweigend eingegangene Sozietät fertig. Ein Jeder behält, was er ausbeutet, schafft etc. vorbehaltlich seiner Ansprüche wegen des Aufwandes, den er etwa für den Andern gemacht hat, ohne dass es einer besonderen Stipulation bedurfte, die ihm dies zusichere, und diess dauere fort, bis etwas anderes vereinbart werde oder der Hauptvertrag zu Ende gehe.“⁵¹⁾ Noch charakteristischer ist eine Entscheidung des

⁴⁹⁾ Busch XXVII, 388 H.A.G. München 1871.

⁵⁰⁾ Busch XVI, 92 ff. A.G. Eisenach 1868; R.O.H.G. VII, 362 ff. (1872), Lagergeld für auf Probe zugesandte Waaren. Seuffert XXXIII, 150 R.O.H.G. (1877), XLIV, O.L.G. Celle 1888.

⁵¹⁾ Seuffert XXVI, 27 O.A.G. Darmstadt 1870; vergl. auch Seuffert IX, 327. Dresden 1854 = Sächs. XIV, 45; Seuffert IX, 328 Dresden 1854 = Sächs. XIV, 71.

Berliner Obertribunals, welche sich auf folgenden Fall bezieht: Zwei Personen schlossen mit einer Eisenbahngesellschaft einen Entreprise- und Lieferungsvertrag. Der eine betheiligte sich bei der Ausführung der übernommenen Lieferung und den Arbeiten mit einem Kapitale von 30 000 Thalern und war 14 Monate hindurch bei dem Geschäfte ganz allein thätig, wogegen der andere sich bloß mit einem Kapitale von 2500 Thalern betheiligte und sich nur einige Monate speziell damit beschäftigte. Trotzdem verlangte letzterer den gleichen Antheil an dem Reingewinne. Dieser Anspruch wurde zurückgewiesen. Das Obertribunal nahm allerdings an, ein Gesellschaftsvertrag liege nicht vor, doch legte es der Beurtheilung des Verhältnisses den auf den Gesellschaftsvertrag sich beziehenden § 251 I. Th. tit. 17 P.L.R. zu Grunde und bestimmte hiernach den Antheil am Gewinn nach Verhältniss des Beitrages zum gemeinschaftlichen Fond. Dieser § 251 cit. setzt aber nicht bloß, wie die Entscheidung zugiebt, einen Gesellschaftsvertrag voraus, sondern spricht auch ein dem Gesellschaftsvertrage eigenthümliches Prinzip aus, und man geht wohl nicht zu weit, wenn man annimmt, dass das Obertribunal trotz seiner Verwahrung sich der Nothwendigkeit nicht zu entziehen vermochte, den durch gemeinschaftliche Eingehung des Entreprise- und Lieferungsvertrags und gemeinschaftliche Beitragsleistung eingegangenen Gesellschaftsvertrag auch als solchen zu behandeln.⁵²⁾

Ebenso wird angenommen, die Errichtung einer Gesellschaft liege in der Fortsetzung der Hausgemeinschaft oder des Geschäftsbetriebes des Erblassers durch die Erben. In welcher Weise dieses Verhältniss die Grundlage der historischen Entwicklung des Gesellschaftsvertrages von der römischen *societas* bis zur modernen Handelsgesellschaft bildete, kann hier nicht untersucht werden.⁵³⁾ Auf die hier allein in Betracht kommenden modernen Erscheinungen bezieht sich eine reichsgerichtliche Entscheidung derzufolge die Fortführung des Handelsgewerbes des Erblassers durch die Erben konkludent für die Errichtung einer Handelsgesellschaft und für die Erklärung über das Bestehen einer solchen erscheinen könne; darum seien dritte berechtigt, das Bestehen einer Handelsgesellschaft unter den Mit-erben anzunehmen. „Es braucht ein solches Verhalten nicht nothwendig in diesem Sinne aufgefasst werden; ein wesentliches Krite-

⁵²⁾ Berliner O.T. XXVI, 298 (1851).

⁵³⁾ Vergl. hierüber Leist, Zur Geschichte der römischen *Societas*.

rium dafür, ob in der Fortführung eines Handelsgewerbes durch die Erben eine Maassregel zum Zwecke der Verwaltung des durch die Beerbung gemeinschaftlich gewordenen Vermögens (*communio incidens*) oder der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages bzw. eine diesfallsige Entscheidung zu finden sei, bildet die Art, der Umfang und die Dauer des Gewerbebetriebes.⁵⁴⁾ Hier mag auch die Entscheidung des O.A.G. München erwähnt werden, welche aber in einem solchen Falle nach innen *Communio* und nur nach aussen eine offene Handelsgesellschaft annimmt.⁵⁵⁾

Ein durch blossе Handlungen eingegangenes Mandatsverhältniss ist aus dem Grunde undenkbar, weil jede ohne vorherigen Auftrag in fremdem Namen oder auf fremde Rechnung vorgenommene Handlung sich als *negotiorum gestio* darstellt. Durch die nachträgliche Genehmigung wird jedoch die *negotiorum gestio* gewissermaassen *ex post* zum Mandate,⁵⁶⁾ und wird diese nachträgliche Genehmigung durch Annahme eines aus der Geschäftsführung entstandenen Vortheils vom Mandanten erklärt, so ist die Sachlage eine ganz analoge wie in den bisher besprochenen Fällen. Einen solchen Fall entschied der österreichische Oberste Gerichtshof, indem er den Auftraggeber verurtheilte, dem Mandatar den Betrag zu ersetzen, den dieser für Möbel, die er in seinem Auftrage anschaffte, bezahlt hatte, mit Rücksicht darauf, dass der Machtgeber die Möbel vom Mandatar angenommen bzw. behalten hat, obwohl dieselben theurer waren, als sie nach Inhalt des Auftrags sein durften.⁵⁷⁾

Oft ist auch von einem stillschweigenden Abschlusse des Kontokorrentvertrages die Rede.⁵⁸⁾ Eigenthümlicherweise habe ich nirgends ein anschauliches Beispiel eines solchen stillschweigenden Abschlusses, ja nicht einmal eine Andeutung darüber gefunden, was hier unter diesem, wie gezeigt, recht vieldeutigen Ausdruck verstanden wird. Insofern man als das entscheidende Kriterium des echten Kontokorrentvertrages die gegenseitige Verpflichtung zur Einräumung eines Kredites erblickt, kann ich mir die Entstehung einer solchen Verpflichtung ohne wörtliche Verabredung in folgender

⁵⁴⁾ Braun und Blum IX, 243 (1883).

⁵⁵⁾ Bl. f. R. A. XX, 255. O.A.G. München 1854.

⁵⁶⁾ *Ratihabitio mandato comparatur!*

⁵⁷⁾ G.U. X, 4597 (1874); vergl. G.U. II, 789 (1859).

⁵⁸⁾ Vergl. Grünhut in Endemann's Handb. III, S. 940; Levy-Riesser, der Kontokorrentvertrag, S. 94 und die dort zitierten.

Weise denken: eine derartige Geschäftsverbindung ist naturgemäss stets mit einem Geben und Nehmen des Kredits verbunden, denn wenn nur Geschäfte Zug um Zug geschlossen werden, so spricht man nicht von einer Geschäftsverbindung im eigentlichen Sinne. Da ferner das Kontokorrentverhältniss die Eintragung der abgeschlossenen Geschäfte in die Handelsbücher voraussetzt, Baargeschäfte aber in der Regel nicht in die Bücher eingetragen werden, so ist es klar, dass zu einem Kontokorrentverhältniss überhaupt nur eine Geschäftsverbindung Anlass geben kann, die sich nicht auf Baargeschäfte beschränkt. Kommt nun bei einer mit Kreditirung verbundenen Geschäftsverbindung hinzu, dass auch die Geschäftsformen des Kontokorrentverkehrs eingehalten werden: die gegenseitige Eröffnung besonderer Konti und periodische Mittheilungen von Rechnungsabschlüssen, so liegen alle Voraussetzungen des Kontokorrentvertrages vor, den man dann in demselben Sinne einen stillschweigenden (das heisst blos durch Geben und Nehmen abgeschlossenen) nennen kann, wie dies in vielen der hisher genannten Fälle geschehen ist. Dalloz definirt demgemäss ein stillschweigendes Kontokorrent als ein Verhältniss: *ou les actes et opérations intervenus entre les parties constitueraient par leur nature même un compte courant*,⁵⁹⁾ und das O.L.G. Karlsruhe begründete in einem solchen Falle die Entscheidung folgendermaassen: „Der vorliegende Rechnungsauszug, wonach beiderseits Kreditirung mit periodischen Rechnungsabschlüssen und Vortrag der verzinslichen Saldi auf neue Rechnung stattgefunden habe, begründen die volle Ueberzeugung des Gerichts, dass zwischen der Klägerin und der Hauptschuldnerin kraft ausdrücklichen oder stillschweigendet Einverständnisses ein kaufmännisches Kontokorrentverhältniss bestanden habe; die gesetzliche Folge hierbei sei aber, dass die einzelnen Posten in den jeweiligen Saldis aufgehen, also auch kraft Rechtswirkung für solche Einzelposten bestehende Nebenrechte erlöschen.“⁶⁰⁾

Doch setzt das echte Kontokorrente noch voraus, dass Zahlungen nicht dazu verwendet werden, eine bestimmte entgegenstehende Forderung der andern Seite zu tilgen, sondern dazu, eine Forderung zu tilgen, welche aus der Zusammenfassung aller aus der Waarenkre-

⁵⁹⁾ Dalloz, Rep. gen. No. 24.

⁶⁰⁾ Puchelt XVII, 219 R.G. (die Entscheidung des Oberlandesgerichts bestätigend) 1880.

ditirung hervorgegangenen Forderungen entstanden ist. Diese dem Kontokorrentverkehre eigenthümliche Art, entgegenstehende Forderungen zu kompensiren, findet ihren Ausdruck in der Form der Rechnungen, welche im Kontokorrentverkehre stehende Kaufleute einander periodisch zusenden. Der Kaufmann, welcher eine nach diesen Grundsätzen aufgestellte Rechnung genehmigt, genehmigt selbstverständlich auch diese Berechnungsart, und so kann man auch hier immerhin sagen, dass der Kontokorrentvertrag in dieser Weise für die Zukunft „stillschweigend“ vereinbart wurde. Offenbar denkt das Reichsoberlandesgericht an einen solchen Fall, wenn es den Schluss auf einen stillschweigend abgeschlossenen Kontokorrentvertrag aus der gleichmässig fortgesetzten Buchung für zulässig erklärte.⁶¹⁾ Darauf scheint auch die einzige Stelle in dem umfangreichen Werke von Levy-Riesser zu deuten, in welcher man eine Andeutung über die Art finden könnte, wie der Verfasser sich den stillschweigenden Abschluss des Kontokorrentvertrages denkt: „Zwei Kaufleute, die von einander beziehen und einander liefern, können wohl auch im Kontokorrente stehen, ohne dass auch nur ein Cent an Zinsen zu sehen ist.“⁶²⁾

Praktisch sehr wichtig ist die stillschweigende Genehmigung des Kontokorrentabschlusses. Bekanntlich ist die periodische Zusendung von Rechnungsabschlüssen ein wesentliches Merkmal des Kontokorrentverhältnisses: zugleich wird auch der aus einem solchen Rechnungsabschlusse sich ergebende Saldo auf die nächstfolgende Rechnung übertragen. Die Technik des Kontokorrentverkehrs erfordert es nun aus Gründen, die an einer andern Stelle erörtert werden sollen, dass der Saldo, der von einer früheren Periode stammt und auf eine spätere übertragen wird, nach Möglichkeit weitem Anfechtungen entzogen werde. Es wird daher im kaufmännischen Verkehre allgemein angenommen, dass die Fortsetzung der Geschäftsverbindung, also die Eingehung neuer ins Kontokorrent gehöriger Geschäfte schon eine stillschweigende Genehmigung des Rechnungsabschlusses, also auch der Höhe des Saldo mit sich bringe;⁶³⁾ die gleiche Wirkung hat auch die Bitte um Prolongation

⁶¹⁾ R.O.H.G. II, 443 (1871).

⁶²⁾ Levy-Riesser a. a. O. S. 97; vergl. noch Kreizenach: das kaufmännische Kontokorrent S. 92 ff.

⁶³⁾ R.O.H.G. II, 117 (1871); vergl. III, 4 (1871); III, 429 ff. (1871); XIV, 11 (1874). Busch V, 463. Juristenfakultät Jena, Frankfurter Sache.

des Kredites,⁶⁴⁾ Leistung von Abschlagszahlungen,⁶⁵⁾ Ertheilungen neuer Aufträge.⁶⁶⁾ Ausserhalb des kaufmännischen Verkehrs hat das Reichsoberhandelsgericht diesen Grundsatz im Allgemeinen nicht gelten lassen,⁶⁷⁾ nur in einer auf Börsengeschäfte sich beziehenden Entscheidung wurde er in Anwendung gebracht.⁶⁸⁾

Einen stillschweigend abgeschlossenen Vergleich hat das Reichsoberhandelsgericht darin gefunden, dass der Aufgeber von Gütern von der Eisenbahnverwaltung für einen während des Eisenbahntransportes entstandenen Schaden die sogenannte reglementsässige Vergütung annahm; es entschied, dass derselbe infolgedessen einen höheren Entschädigungsbetrag nicht mehr beanspruchen kann. „Indem der königlich sächsische Staatsfiskus dem Absender der fraglichen Güter die reglementsässige Vergütung gewährte und letzterer diese annahm, gaben beide Theile ganz deutlich durch übereinstimmende Willenserklärung zu erkennen, dass im konkreten Falle der Schaden nach Maassgabe des Reglements und nach den darin bestimmten einmaligen Sätzen vergütet, daher auch wohl von jeder Erörterung, sowohl der Frage, ob der Fiskus sich in der Lage befinde, durch den Nachweis, dass der Schaden durch höhere Gewalt entstanden sei, von der Verbindlichkeit des Schadenersatzes sich gänzlich zu befreien, als auch der Frage, ob der Eisenbahnverwaltung bezüglich der eingetretenen Verpflichtung eine solche Verschuldung zur Last falle, dass sie als zum Ersatz des vollen Schadens verpflichtet angesehen werden solle, abzusehen sei. In der Zahlung des Normalsatzes lag demnach an sich der Abschluss eines Vergleichs, vermöge dessen der Staatsfiskus auf die Einwände des durch höhere Gewalt entstandenen Schadens, der Absender aber auf seine Rechte, mehr als die reglementsässige Vergütung zu verlangen, verzichtet.“⁶⁹⁾

C. In den bisher erörterten Fällen wurde stets davon ausgegangen, der Vertrag sei abgeschlossen worden durch Handlungen, die sonst in erster Linie dazu bestimmt sind, einen abgeschlossenen Vertrag in

⁶⁴⁾ Seuffert XXXVI, 60 R.G. 1880. Prolongationsbitte unter dem Drucke der Zahlungsverlegenheit würde die Annahme der Genehmigung nicht rechtfertigen. Busch VII, 379. Nürnberg 1865 = bayer. Zeitschr. XII, 139.

⁶⁵⁾ Busch XIX, 6. Appellationssenat Freiburg 1868; Striethorst IX, 233 (1853) Rheinische Sache.

⁶⁶⁾ Puchelt XVI, 293. R.G. 1884.

⁶⁷⁾ R.O.H.G. II, 443 (1871); XIII, 439 (1871).

⁶⁸⁾ R.O.H.G. XIV, 11.

⁶⁹⁾ Sächs. XXXVII, 139. R.O.H.G. 1871.

Vollzug zu setzen, in denen sich aber im konkreten Falle der Wille der Parteien verkörperte, einen Vertrag abzuschliessen, der zur Vollziehung und Entgegennahme solcher Leistungen verpflichten und berechtigen würde. Der Inhalt des Vertrages wurde durch Auslegung des in diesen Handlungen (Leistungen) verkörperten Willens ermittelt mit Bezugnahme auf den typischen, üblichen Inhalt der Verträge dieser Art; zuweilen war diese Interpretation der Handlungen sogar recht gezwungen. Viel häufiger dienen solche Handlungen jedoch dazu, den rechtsgeschäftlichen Willen im Anschlusse an einen bereits rechtsverbindlich erklärten Willen zum Ausdruck zu bringen: sie gelten dann als Vereinbarungen über die Modifikation eines bereits abgeschlossenen Vertrages.

Die einzelnen hierher gehörigen Fälle sind folgende:

I. Wird nach gänzlicher Auflösung eines Vertrages mit Leistungen, welche den früheren vertragsmässigen Vereinbarungen entsprechen, fortgefahren und werden dieselben angenommen, so erscheint der Vertrag dadurch gewissermaassen fortgesetzt; er und alle seine Bestimmungen werden auf die Vertragsfortsetzung unmittelbar bezogen, mit andern Worten: es wird durch die Leistung und Entgegennahme derselben ein neuer Vertrag abgeschlossen, aber die durch denselben begründeten Rechte und Pflichten unterscheiden sich von den durch den frühern Vertrag begründeten nur dadurch, dass sie in einen andern Zeitpunkt oder Zeitraum fallen. Fälle dieser Art sind folgende:

a) Der Lieferungskauf. Ein interessantes Beispiel bietet ein vom Reichsgerichte entschiedener Fall. Nach vollständiger Erfüllung eines Lieferungsvertrages über Hölzer wurde mit den Lieferungen einer- und der Annahme andererseits fortgefahren; auch hatte der Empfänger ausdrücklich die Annahme einer das vertragsmässige Maass überschreitenden Lieferung und seine Zahlungsverpflichtung hierfür anerkannt und zugleich bestätigt, dass die vereinbarte Kautions von den bisher bezahlten Beträgen in Abzug zu bringen sei. In dieser Erklärung und in der fortgesetzten Leistung und Annahme der Leistung wurde der Abschluss eines neuen Lieferungsvertrages über dieselbe Art von Hölzern zu demselben Preise und mit der Maassgabe erblickt, dass mit den Lieferungen so lange fortgesetzt werde, bis der Empfänger widerspreche.⁷⁰⁾

⁷⁰⁾ Braun und Blum I, 165 (1880).

b) Miethe und Pacht. Dass Miethe und Pacht durch die Vorauszahlung des für eine oder mehrere Perioden vereinbarten Mieth- oder Pachtzinses verlängert werden können und auch sehr häufig verlängert werden, ist zweifellos; ebenso dass man hier mit demselben Rechte von einer stillschweigenden Willenserklärung sprechen kann, wie dies in den andern hier erwähnten Fällen geschieht.⁷¹⁾

Bekanntlich versteht man jedoch unter stillschweigender Erneuerung des Mieth- oder Pachtvertrages etwas anderes: nämlich die Erklärung eines dahin gehenden Willens durch blosses Verbleiben bzw. Belassen im Mieth- oder Pachtverhältnisse. Dieser Fall gehört jedoch nicht hierher, da diese Willensäusserungen gerade in ihrer typischen Gestaltung nicht dem andern Theile gegenüber stattfinden, also mit ausdrücklichen Willenserklärungen nicht in einem Athem genannt werden dürfen.

c) Lohn- und Dienstvertrag. Dieser wird mindestens ebenso oft wie Pacht und Miethe fortgesetzt durch blosses Verbleiben im früheren Verhältnisse ohne jede neuerliche Erklärung. Anders wie bei jenen Verträgen bildet aber beim Lohn- und Dienstvertrage die Erklärung dem andern Theile gegenüber die Regel:⁷²⁾ Eine solche Erklärung liegt in der fortgesetzten Leistung der Dienste, zu denen der ursprüngliche Vertrag verpflichtete, in Gegenwart des Arbeitgebers oder dessen Vertreters und der Entgegennahme von solchen Diensten von Seiten der letztern.⁷³⁾

Auch bei dieser Art der Verlängerung des Dienstvertrages wiederholt sich die Frage, welche bekanntlich schon in Rom beim

⁷¹⁾ § 327 Th. 1, Tit. 22 P.L.R. Der Pachtvertrag kann auch durch Annahme vertragsmässiger Nebenleistungen (Führen zu Filialreisen des Verpächters, welcher Pfarrer war) erneuert werden. Im Prinzip bejaht: Striethorst XXII, S. 185 ff., 1859, obwohl dies im konkreten Falle verneint wird, „da dieselben durchaus nothwendig, stets schwer zu beschaffen waren, daher daraus umsoweniger auf seine Absicht in die Verlängerung des Pachtvertrags zu willigen, geschlossen werden kann, als er damals schon die Emissionsklage einreichen liess. Ein solcher Schluss, wenn auch sonst berechtigt, war hier unstatthaft, weil er mit einer vollkommen unzweideutigen Erklärung in offenbarem Widerspruch steht.“

⁷²⁾ Nur bei Fabriksarbeitern dürfte der Fall häufig vorkommen, dass diese sich nach Ablauf der vereinbarten Frist zur Arbeit einfinden, ohne sich dem Arbeitgeber oder dessen Stellvertreter gegenüber irgend wie erklärt zu haben.

⁷³⁾ In der Gesindeordnung für sämtliche Provinzen der preussischen Monarchie soll dieses Verhältniss eine gesetzliche Regelung gefunden haben; vergl. Berl. O.T. VII, 215 (1842.)

Miethverträge aufgeworfen und entschieden wurde: ob nämlich der Vertrag als für jene Frist erneuert gilt, welche für den ursprünglichen Vertrag vereinbart wurde, oder ob in diesem Falle die subsidiären gesetzlichen oder usuellen Bestimmungen über die Kündigungsfrist eintreten. Von den zwei mir bekannt gewordenen Erkenntnissen, welche beide handelsrechtliche Verhältnisse betreffen, entschied sich das eine⁷⁴⁾ für das erste, die andere⁷⁵⁾ für die zweite Alternative.

Eine ähnliche Modifikation des Dienstvertrages bilden die Ueberstunden, d. h. die Arbeit, welche das vereinbarte Tagwerk überschreitet. Dieselben müssen, wenn es sich um gewerbliche Arbeiten (*operae illiberales*) handelt, stets vergütet werden.⁷⁶⁾ Eine Nürnberger Entscheidung erkannte auch auf Vergütung der Arbeitsleistungen eines kaufmännischen Komptoiristen, obwohl die Leistung einer solchen Entlohnung nicht ortsüblich, wohl aber in dem betreffenden Geschäfte gebräuchlich war.⁷⁷⁾

Ebenso wie beim Zeitlohn die Ueberstunden, müssen auch bei der Akkordarbeit Extraarbeiten, d. h. Arbeiten, welche nicht im Akkorde begriffen sind, besonders vergütet werden.⁷⁸⁾

d) Eine französische Entscheidung kennt sogar eine stillschweigende Erneuerung des Mandats. Der mit der Liquidation einer Vermögensmasse betraute Mandatar ist, wenn er nach Ablauf der Zeit, für welche ihm der Auftrag erteilt wurde, die Liquidation fortsetzt, nicht als *negotiorum gestor*, sondern als Mandatar zu betrachten, und kann nach den für das Mandat bestehenden Regeln Ersatz seiner Auslagen fordern. Wenn auch allem Anscheine nach im konkreten Falle die Fortsetzung der Thätigkeit als Liquidator nicht als eine dem Auftraggeber gegenüber abgegebene Erklärung aufgefasst werden könnte, so hätte doch die Entscheidung wohl nicht anders gelautet, wenn dies der Fall gewesen wäre.⁷⁹⁾

⁷⁴⁾ Busch XII, 384 A.G. Frankfurt a. M. (ohne Jahr; da es sich unter den preussischen Erkenntnissen befindet, ist es wohl erst nach der Okkupation erflossen — der Band XII des Busch'schen Archivs ist im Jahre 1868 erschienen).

⁷⁵⁾ Busch XII, 385, Stadtgericht Frankfurt a. M. Das Jahr in derselben Weise wie bei dem in der vorigen Note zitierten Erkenntniss annähernd zu bestimmen.

⁷⁶⁾ Sächs. XIV, 178 (1854).

⁷⁷⁾ Busch XXI, 255 A.G. Nürnberg 1873.

⁷⁸⁾ Ackermann XXI, 87 A.G. Zwickau 1854.

⁷⁹⁾ Dalloz 67, I, 345 (aus den als thatsächlich feststellend unanfechtbaren Gründen der C. de Bastia).

e) Die Erneuerung einer Gesellschaft durch Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses nach Ablauf der Zeit, für welche eine frühere Gesellschaft geschlossen wurde, oder nach einer anderweitigen Auflösung derselben, z. B. durch den Tod eines Gesellschafters, gehört wohl zu den alltäglichsten Erscheinungen des Verkehrslebens.

Hierauf beziehen sich mehrere Entscheidungen des Pariser Cassationshofes.⁸⁰⁾ Die eine geht dahin, dass schon die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses durch den ernannten Verlassenschaftspfleger für Rechnung der Verlassenschaft avec l'assentiment au moins tacite de ses soeurs (Miterbinnen), qui avaient connaissance de ces actes, eine Zustimmung seitens dieser beiden Schwestern zur Fortsetzung der Gesellschaft enthalte.⁸¹⁾ Eine andere Entscheidung bestätigt die durch eine Unterinstanz verfügte Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Erben, welche die Gesellschaft thatsächlich fortsetzen.⁸²⁾⁸³⁾

Eine anders geartete, aber immerhin hierher gehörige Fortsetzung des Gesellschaftsvertrages nach Auflösung desselben kennen die Quellen. Die mit einem Sklaven eingegangene Gesellschaft wird durch die Veräußerung des Sklaven naturgemäss aufgelöst. Der bisherige Eigenthümer des Sklaven kann unmöglich durch dessen Pekuliargeschäft verpflichtet werden, da der Sklave und das Pekulium nicht mehr sein Eigenthum ist, der neue Eigenthümer deswegen nicht, weil ihm einerseits der Gesellschafter des Sklaven nicht ohne seinen Willen als socius aufgedrungen werden kann, andererseits, weil es der römischen Auffassung der societas widerspricht, dass jemand, hier der neue Eigenthümer, genöthigt werde, in einer Gesellschaft zu

⁸⁰⁾ Dalloz 59, I, 135 (1858). 70. I. 60 (zwei Urtheile).

⁸¹⁾ Dalloz 79 V, 386 (C. de Cassation 1877).

⁸²⁾ Dalloz 84, I, 123, hierher gehört die E. des O.A.G. München. Bl. f. R. A. XX, 255, welche nach innen blos eine Communio, nach aussen aber eine Handelsgesellschaft annimmt.

⁸³⁾ Schon die österreichische Fallitenordnung vom 18. August 1734 bestimmte im Artikel I: „nono: Was hier oben wegen der Zeit der Führwären sollenden Handlung nebst anderen gemeldet worden, dieses habe den Verstand, dass wenn auch die paktirte Zeit verflossen und der socius particularis sohin, ohne dass eine ordentliche Aufhebung der Compagnie geschehen, gleichwohl in der Sozietät stillschweigend verbleibt, d. h. den vorher paktirt und genossenen Gewinn, ferner ex comunione zieht, so lang die societas prolongiret seyn und er mit dem Quanto seiner Einlage haften müsse, bis sothane Comunio gehörtermaassen vor dem Compagniegericht ordentlich aufgehoben wurde.“

verbleiben, die er nicht selbst abschloss und zu deren Abschluss er seinen Sklaven in keiner Weise ermächtigte. Sind aber beide Theile in der Gesellschaft verblieben, so kann man mit Grund behaupten, dass eine neue Gesellschaft begründet werde durch blosse thatsächliche Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses.⁸⁴⁾ Ebenso wird entschieden, wenn der Haussohn, der einen Gesellschaftsvertrag einging, emanzipirt wird; nur wird hier mit Rücksicht auf die Verpflichtungsfähigkeit des Haussohns angenommen, dass die alte Gesellschaft fortdaure und nicht eine neue begründet werde.⁸⁵⁾

f) Auch die stillschweigende Dosbestellung wird in den Quellen erwähnt: Ist nach Auflösung der Ehe über die Rückgabe der dos nichts vereinbart worden, so gilt dieselbe als stillschweigend erneuert, wenn die Frau, nachdem sie mit einem anderen die Ehe eingegangen ist, wieder zum ersten Manne zurückkehrt.⁸⁶⁾ Verwandt damit ist die *tacita conversio in dotem*: wenn eine Sklavin einem Sklaven bei Eingehung einer geschlechtlichen Verbindung quasi *dotem* bestellte und nach mit Belassung des *peculiums* erfolgter Freilassung beider die geschlechtliche Verbindung fortsetzte.⁸⁷⁾

g) Einen praktisch ausserordentlich wichtigen Fall bildet die Prolongation der Verfallszeit einer Darlehnsschuld durch Annahme der Zinsen im vorhinein.⁸⁸⁾ Namentlich bei Hypothekarschulden bildet diese Art der Prolongation die Regel. Die Analogie dieses Falles mit der Erneuerung des Mieth- oder Pachtvertrages durch Bezahlung des Zinses — nicht die einzige zwischen der Wohnungsmiethe und der Kapitalmiethe — springt in die Augen.

h) Der Kontokorrentvertrag wird stillschweigend verlängert, wenn nach Ablauf der Geschäftsperiode, für welche er abgeschlossen wurde, Geld oder Waare auf Kredit gegeben und genommen wurden.

D. Noch leichter als zur Annahme der Erneuerung eines Vertrages entschliesst man sich zur Annahme blosser Modifikationen desselben in einzelnen Beziehungen durch Leistung und An-

⁸⁴⁾ Fr. 58 § 3 pro socio 17. 2. Mandry, Familienrecht S. 91 ff.

⁸⁵⁾ Fr. 58, § 2 pro socio 17. 2. Pernice Labeo I, 149. Mandry, Familien-güterrecht Bd. I, S. 91, 92.

⁸⁶⁾ Fr. 40, 64 de iure dot. 23. 3; vergl. fr. 19 sol. matr. 24. 3; darüber Czyhlarz, das röm. Dotalrecht S. 162 ff., 453 ff.; Bechmann, Dotalrecht II, S. 138 ff.

⁸⁷⁾ Fr. 39, de iure dot. 23. 3; Czyhlarz a. a. O. S. 78 ff.; Bechmann a. a. O. II, S. 7 ff.

⁸⁸⁾ Fr. 57 pr. de pactis 2. 14; fr. 2 § 6 de doli m. et m. exc. 44. 4.

nahme einer der *lex contractus* nicht ganz entsprechenden Erfüllung.⁸⁹⁾ Schon in den Quellen ist die Rede von einer stillschweigenden Herabsetzung des Zinsfusses durch fortgesetzte Bezahlung und Annahme niedrigerer Zinsen als vereinbart worden sind.⁹⁰⁾ Dasselbe gilt selbstverständlich von der Erhöhung des Zinsfusses durch Zahlung und Annahme höherer Zinsen als vereinbart waren;⁹¹⁾ auch kann in dieser Weise eine unverzinsliche Schuld in eine verzinsliche umgewandelt werden.⁹²⁾ Dieser Grundsatz wird vom preussischen Landrecht dahin generalisirt, dass bei jeder Verbindlichkeit auf Leistung fortwährender Praestationen vermuthet werde, dass die Zahlung so vergleichsweise bestimmt sei, wie sie in einer Reihe von drei aufeinander folgenden Zahlungen geleistet und ohne Vorbehalt angenommen werden, vorausgesetzt, dass dies immer auf einerlei Weise geschehe.⁹³⁾ Hierher gehört auch folgende Entscheidung der Quellen: der Vermiether eines Magazins hatte ein *propositum*, demzufolge er die Uebernahme der Gefahr für Gold- und Silbergegenstände, sowie für Perlen ablehne; er duldete es aber stillschweigend, dass, — wie man wohl annehmen muss, in seiner Gegenwart und mit seinem Wissen — derartige Werthsachen hineingetragen wurden. Durch dieses Verhalten hat er nach Annahme *Labeo's*, auf das *propositum* verzichtet.⁹⁴⁾ Die Schlussworte des Satzes *proinde eum futurum tibi obligatum dixi* [*ac si propositum non habuisset, quoniam quod*] *propositum fuit, remissum videtur* wären, modern ausgedrückt, zu übersetzen: das was *propositum* gewesen ist, erscheint stillschweigend erlassen.

In der modernen Rechtssprechung sind derartige Entscheidungen sehr zahlreich: Ein Altsitzer, dem als Leibzucht eine gewisse Quantität Holz versprochen wurde, hat ein Unterkommen theils in der

⁸⁹⁾ Vergl. Unger in Haimersl's österr. Vierteljahrsschrift XIV, S. 121; ferner Windscheid § 394, Note 22; Hasenöhr I, S. 505 ff.

⁹⁰⁾ Fr. 13 pr. de usur 22. 1. C. 5, 8 de usur 4. 32. Seuffert VI, XXV, Celle 1861; 164. Dresden 1861; Sächs. X, 187. Seuffert XII, 64. Dresden 1850 fordern mit Berufung auf eine konstante sächsische Praxis die Annahme niedrigerer Zinsen 3 Jahre hindurch. Unger, Haimersl's österr. Vierteljahrsschrift Bd. XIV, S. 122, Note 9 in fine.

⁹¹⁾ Vergl. G.U. XXVI, 12456 (1888).

⁹²⁾ Schey, das Darlehen S. 135, Note 34.

⁹³⁾ § 143, I, 16 P.L.R.; vergl. Berl. O.T. X, 378 (1845), XXXV, 471 (1856), LVII, 54 (1867).

⁹⁴⁾ Fr. 60 § 6 loc. 19. 2.

Wohnstube des Verpflichteten, theils bei einem Dritten gefunden. Das O.G. Wolfenbüttel hat darin ein stillschweigendes, zwischen den Parteien zu Stande gekommenes und in dieser Art nicht seltenes Abkommen gefunden, wonach der Altsitzer statt der eigentlich bedungenen Lieferungen, Naturalien, Kohle und Holz etc., sich mit einem Surrogate, der Speisung, dem Warmsitze in der Wohnstube u. s. w. zufriedenstellte.⁹⁵⁾ — Ein Handelsgesellschafter buchte, im Widerspruche mit dem Gesellschaftsvertrage, Zinsen zu Lasten seines Associés. Das O.A.G. Lübeck nahm an, die Buchung habe, vorausgesetzt, dass deren Bedeutung dem anderen Theile, der mit der kaufmännischen Buchführung nicht vertraut war, erklärt worden ist, rechtmässig stattgefunden. Denn dieser wurde damit von der Absicht des Beklagten, den Vertrag insoweit zu modifiziren, in Kenntniss gesetzt.⁹⁶⁾

Von besonderem Interesse ist die konstante Praxis der französischen Gerichte, wonach die Bestimmung der Polize, dass die Versicherungsprämie eine Bringschuld sei, und der Verzug des Versicherten in der Bezahlung derselben den Versicherungsvertrag ausser Wirksamkeit setze, dadurch derogirt wird, dass die Anstalt die Prämie regelmässig durch ihre Agenten abholen lässt.⁹⁷⁾ Und an dieser Umwandlung einer Bringschuld in eine Holschuld ändert selbst die ausdrückliche Klausel der Polize nichts, que le recouvrement des primes antérieures, qu'elle (scil. la compagnie) ferait opérer officieusement au domicile des assurés ne pourrait lui être opposé comme renonciation a cette clause pénale, denn diese Klausel könne sich nur auf die gelegentliche Abholung der Prämie durch den Agenten beziehen, was im angegebenen Falle nicht vorgelegen sei.⁹⁸⁾ Dadurch, dass die

⁹⁵⁾ Seuffert XVI, 236. Wolfenbüttel 1855.

⁹⁶⁾ Kier. IV, 25 (Hamb. Sache) 1868.

⁹⁷⁾ Vergl. hierüber König in Endemann's Handb. II, S. 745, 897 ff.; Lewis, Versicherungsrecht S. 186. Malsz, in der Goldschmidt'schen Zeitschrift XIII, S. 96 ff. Dalloz 63, I, 407: Att. que non obstant ces clauses les compagnies ont adopté l'usage de réclamer le paiement des primes au domicile des assurés sans se préoccuper des échéances fixées par les polices, ni même du délai de grâce, att. que tout s'est passé conformément a cet usage...; ebenso 50 V, 54, 55. Grenoble 1849; 52, I, 305; 53, II, 112 (Rouen, Grenoble, Bordeaux) 70, II, 164 (Paris) 78, I, 347 (zwei Urtheile) 80, I, 464; 80, I, 181. Dieselbe Praxis in Betreff der Lebensversicherung Dalloz 71, I, 104; 75, I, 420; 76, II, 452.

⁹⁸⁾ Dalloz 68, II, 185 (vom Kassationshofe bestätigt als thatsächliche Würdigung: 73, I, 87); 81, II, 423, Rouen; 84, I, 423; dagegen 85, I, 421 (1884); 85, I, 423, in beiden Fällen vom Kassationshofe anerkannte thatsächliche Würdigung.

Anstalt in der That ein- oder sogar mehrmals ihren Agenten geschickt hat, um die verfallene Prämie abzuholen, setzt sie den Versicherten nicht in Verzug, so lange nicht bewiesen wird, dass der Versicherte direkt sich geweigert hätte die Prämie zu geben: da es möglich ist, dass den Agenten irgend welches Verschulden oder Versäumniss trifft.⁹⁹⁾

Auch das unter französischem Einfluss stehende O.L.G. Colmar hat angenommen, „dass der Versicherungsvertrag, auf welchen sich Kläger stützte, infolge der von der beklagten Gesellschaft zugelassenen, in dem Jahre 1881 und 1882 Seitens des Agenten auch dem Kläger gegenüber eingehaltenen Uebung, eine Modifikation und zwar dahin erhalten hat, dass der Kläger die Abholung der verfallenen Prämie abwarten darf und die Versicherungssumme nur dann verwirkt, wenn er die Auszahlung der Prämie einer Person gegenüber verweigert, welche ihm als Agent des Beklagten bekannt war.“ Das Reichsgericht hat anerkannt, dass diese Entscheidungen sich auf tatsächlichem Gebiete bewegen und einer Nachprüfung in der Revisionsinstanz sich entziehen. Schon früher entschied das H.A.G. Nürnberg einmal im Sinne der französischen Praxis.¹⁰⁰⁾

Gewissermaassen eine Modifikation bestehender Verbindlichkeiten in subjektiver Beziehung bildet die stillschweigende Delegation, die Uebertragung der Verbindlichkeit auf einen anderen Schuldner durch einen realen Akt. Sie spielt in der modernen Rechtsprechung eine grosse Rolle. Der Gläubiger erklärt den Willen, den delegirten Schuldner als Schuldner zu behandeln, indem er von ihm eine Leistung entgegennimmt. Welche Bedeutung hat aber diese Erklärung des Gläubigers? Es kann darin die Erklärung des Willens erblickt werden, sich mit dem Delegaten als einzigem Schuldner begnügen oder aber die Erklärung, neben dem Delegaten den früheren Schuldner behalten zu wollen.¹⁰¹⁾ Im ersteren Sinne entscheiden französische Gerichte. So geht schon eine alte Entscheidung des Pariser Cassationshofs dahin, que le fait par un créancier de recevoir des mains d'un tiers un à-compte, de charger un procureur fondé de pouvoir de poursuivre le payement du restant contre ce même tiers, opère une novation.¹⁰²⁾ In einer andern Entscheidung erachtete der Cassationshof

⁹⁹⁾ Dalloz 73, I, 87.

¹⁰⁰⁾ Blum, Urtheile III, 396, 1886 B.H.G. III, 268. Nürnberg 1874; dagegen Busch XXIV, 373. Nürnb. 1870.

¹⁰¹⁾ Vergl. über diesen „Realvertrag“ Enneccerus, Rechtsgeschäft II, 505 ff.; ferner Salpius, Novation und Delegation S. 472 ff.

¹⁰²⁾ Dalloz Vo. Obligation No. 2457 (Kassationshof 1824).

den Schuldner, welcher den Betrag der Schuld bei seinem Banquier erlegte und den Gläubiger auf denselben anwies, als befreit, mit Rücksicht darauf, dass der Gläubiger die Summe nicht behob, sondern vom Banquier eine Tratte auf einen andern Platz annahm, obwohl (die Tratte nicht zur Auszahlung gelangte, da der Banquier vor dem Verfallstage zahlungsunfähig wurde.¹⁰³) Neuerdings erkannte das Appellationsgericht Angers, dass die Gläubigerin, welche mit den Personen, die nacheinander eine Firma inne hatten, viele Jahre hindurch in ununterbrochener Geschäftsverbindung stand, nachdem der letzte Inhaber der Firma fallirte, nicht berechtigt ist, von seinem Vorgänger jene Elemente des Saldo zu fordern, welche aus der Geschäftsverbindung mit demselben stammen: *att. que loin de réclamer le payement de cette créance liquide et exigible, elle a laissé reporter son compte d'abord à la maison C. (den zweiten Uebernehmer der Firma) et ensuite à la société C. F. et Co. (die dritten Uebernehmer der Firma) que ce consentement est démontré par les relevés des comptes semestriels régulièrement adressés à la dame P. (die Klägerin) et acceptés par elle sans réclamation.*¹⁰⁴) Einen durchaus analogen Fall entschied der Cassationshof in demselben Sinne. Eine Handelsgesellschaft theilte ihren Kunden mit, dass sie ihr Geschäft liquidire und stellte ihnen anheim, entweder ihre Depôts zurückzuverlangen oder mit dem Gesellschafter, welcher das Geschäft fortsetzte, in Verbindung zu treten. Ein Gläubiger hat nun seine Depôts nicht nur nicht zurückverlangt, sondern nahm von der neuen Firma im eigenem Namen ausgestellte Buchauszüge vorbehaltlos an, leistete Einzahlungen, liess die neue Firma dieselben Geschäfte für sich besorgen wie die alte Firma, stellte ihr Quittungen aus. Dadurch entliess er die alte Firma aus dem Schuldverbande, indem er die zweite Alternative des ihr gestellten Anerbietens annahm.¹⁰⁵)

Andere französische Entscheidungen beziehen sich auf einfachere Fälle, wo die Annahme der Delegation darin erblickt wird, dass der Gläubiger vom delegirten Schuldner Abschlagszahlungen, einzelne Raten einer Rente¹⁰⁶) annahm, seine Forderung auf den Gütern des dele-

¹⁰³) Dalloz ibidem. Kassationshof (1829).

¹⁰⁴) Dalloz 69, II, 8. Angers. Ebenso Adler, Arch. f. bürgerl. Recht III S. 19 Note 25, vergl. R.G. XIX, 129.

¹⁰⁵) Dalloz 67, I, 434 (1866) zitiert auch Art. 1273 C. Nap.

¹⁰⁶) Vergl. Dalloz 57, I, 104; 47 IV, 151 (Dijon).

girten Schuldners sicherstellen liess,¹⁰⁷⁾ demselben über einen Theilbetrag Quittung ausstellte,¹⁰⁸⁾ dass er bei der Kaufsschillingsvertheilung die Rangordnung für eine Forderung beanspruchte, in Betreff welcher zu seinen Gunsten die Delegation stattgefunden hat.¹¹⁰⁾ Ausfluss einer derartigen Auffassung ist auch die Marseiller Usance, wonach der Verkäufer einer Waare den Käufer, welcher dieselbe weiter verkaufte, zwar dadurch aus dem Schuldverbande nicht entlässt, dass er ihm mit Rücksicht auf diesen Weiterverkauf den Kaufpreis quittirt; wohl aber ist dies der Fall, wenn er dem zweiten Käufer der Waare die Faktura nicht rechtzeitig zur Einlösung präsentirt und derselbe nachher insolvent geworden ist (Art. 1275 und 1276 C. Nap.).¹¹¹⁾

Mit den erwähnten Fällen innerlich verwandt ist der in den Quellen zur Sprache gekommene, wonach die Gläubiger, welche sich mit den Erben irgendwie einliessen, mit ihnen eine Stipulation abschlossen oder Zinsen von ihnen annahmen (*qui secuti sunt nomen heredis*), eine *separatio bonorum* nicht mehr verlangen können.¹¹²⁾

Die deutsche Praxis legt derartigen stillschweigenden Delegationsakten nur selten eine novirende Wirkung bei. In diesen Zusammenhang gehört wohl nur eine Entscheidung des österreichischen Obersten Gerichtshofs, welche dahin geht, dass der Assignatar, der sich, ohne vom Assignaten Zahlung erhalten zu haben, die Quittung entlocken liess und ihn später auf Zahlung des quittirten Betrages klagte, dadurch die Assignment annahm und den ersten Schuldner aus der Haftung entliess.¹¹³⁾ Zweifellos scheint es mir nur, dass dann, wenn der Delegatar den ganzen Betrag der Schuld bezahlt, der delegirende Schuldner auf etwaige Nebengebühren und Differenzen nicht mehr belangt werden kann.

Eine besondere im Handel nicht selten vorkommende Art der privativen Delegation ist es, wenn ein Kaufmann die Waare annimmt, die von einer andern Person geliefert wird, als bei welcher er sie bestellte. Ein solcher Fall wurde von dem O.A.G. Jena dahin entschieden, dass der Besteller, welcher in Kenntniss des

¹⁰⁷⁾ Dalloz 47, IV, 151 (Dijon); dagegen Dalloz 65, I, 121.

¹⁰⁸⁾ Dalloz 57, I, 104; 65, I, 254.

¹¹⁰⁾ Dalloz 65, I, 121.

¹¹¹⁾ Dalloz 70, I, 142 (Aix 1868).

¹¹²⁾ Fr. 1 § 10 de separ. 42. 6.

¹¹³⁾ G.U. XII, 5287 (1874); vergl. Hasenöhrle II, S. 237.

Umstandes auf den fakturirten Preis Abschlagszahlungen leistete, den Absender hiedurch als Verkäufer anerkannte.¹¹⁴⁾

Mit diesen Ausnahmen steht die deutsche Rechtssprechung auf dem Standpunkte, dass die Annahme der Leistung vom delegirten Schuldner keineswegs die Befreiung des delegirenden Schuldners zur Folge hat,¹¹⁵⁾ wohl aber den delegirten Schuldner zur Erfüllung der ganzen übernommenen Verpflichtung auch dem Delegatar gegenüber verpflichtet. So wurde erkannt, dass der Uebernehmer einer Handelsfirma aus den von der letzteren abgeschlossenen Lieferungsverträgen verpflichtet wird, wenn er einzelne Lieferungen effektuirt hat, vorausgesetzt, dass der Vertrag ein einheitliches Ganzes bildet.¹¹⁶⁾ Ebenso hat das Reichsoberhandelsgericht die Erben einer Frau, welche das Geschäft ihres Gatten nach seinem Tode mit den Passiven übernommen hatte und elf Jahre hindurch eine von diesem zu zahlende Leibrente entrichtete, zur Weiterzahlung dieser Rente verurtheilt, indem es ihr Gebahren auf die Anerkennung einer vom Ehemann auf sie übergegangenen Verpflichtung und nicht auf eine bloß freiwillige Gewährung zurückführte.¹¹⁷⁾ Auch der österreichische Oberste Gerichtshof hat der Klage gegen den Käufer eines Gutes, der die darauf lastende Schuld übernommen hatte, auf Bezahlung der Zinsen derselben stattgegeben, weil durch die von Seiten des Klägers schon vorher geschehene Annahme der Zinsen für einen früheren Zeitraum die Assignation zu einer vollständigen wurde.¹¹⁸⁾

In diesem Zusammenhange will ich noch zweier Entscheidungen gedenken. Die eine verurtheilte den in der Schuldurkunde als Schuldner bezeichneten Beklagten, der dem Kläger den nach Inhalt der Urkunde vereinbarten Zinsenbetrag entrichtete, zur Bezahlung der ganzen Darlehnssumme, obwohl der Kläger zugestand, dass das Darlehn nicht ihm, sondern einem Dritten gegeben wurde, „weil ein Irrthum, durch welchen der bewirkten Zinsenentrichtung der Charakter freiwilliger Anerkennung der Darlehnsforderung benommen werden könnte, nicht dargethan sei.“¹¹⁹⁾ Ebenso wurde vom Obersten Landes-

¹¹⁴⁾ Busch XII, 36. O.A.G. Jena 1867.

¹¹⁵⁾ Vergl. z. B. Seuffert XXXV, 271. O.L.G. Celle 1880. A.C. I, 105 (1866).

¹¹⁶⁾ R.O.H.G. XV, 75 (1874).

¹¹⁷⁾ R.O.H.G. XI, 153, 1873.

¹¹⁸⁾ G.U. XX, 8832 (1882).

¹¹⁹⁾ Seuffert IX, 148. Kassel 1854.

gerichte für Bayern entschieden, die Kirchenbaulast einer Stiftung sei nach der Säkularisation derselben dadurch vom Staate übernommen worden, dass dieser dem Messner die Wohnung anwies, die von demselben auch bezogen wurde, dass ferner durch siebenzig Jahre von Fall zu Fall die Wendung der Baufälle von dem Vertreter der Stiftung als ein vertragsmässiges Recht gefordert und von dem Vertreter des Aerars als solches auch gewährt wurde.¹²⁰⁾

Dagegen entschied der österreichische Oberste Gerichtshof folgenden Fall im entgegengesetzten Sinne: ein Gut wurde beim Verkaufe mit einem Ausgedinge belastet, welches jedoch nicht eingetragen worden ist. Das Ausgedinge hat zuerst der Käufer, dann auch dessen Rechtsnachfolger einige Zeit hindurch geleistet, später aber die Leistung verweigert. Die Klage wurde abgewiesen, da in der anfänglichen Leistung des Ausgedinges die Uebernahme einer Verpflichtung hierzu nicht gelegen sei.¹²¹⁾

E. Endlich gehört unter den Gesichtspunkt der Willenserklärung durch reale Erfüllungshandlungen die Genehmigung eines unverbindlichen Vertrags durch Vollzug desselben.¹²²⁾ Auch hier liegt in der Erfüllungshandlung sowie in der Annahmehandlung die Erklärung, den unverbindlichen Vertrag gelten lassen zu wollen, und wenn diese Willenserklärung häufig eine stillschweigende genannt wird, so kann dagegen auf die Bemerkung Bährs hingewiesen werden: „Es giebt kein ausdrücklicheres Anerkenntniss des Vertrages als dessen Erfüllung.“¹²³⁾ Im Einzelnen ist folgendes zu bemerken:

1. Offenbar imperfekte Verträge werden als verbindlich behandelt, wenn sie erfüllt wurden. Es wird angenommen, dass sie durch die Erfüllung die ihnen fehlende Bestimmtheit gewinnen. In einem Falle, in dem die Parteien bei den Unterhandlungen über ein Kaufgeschäft, die Zeit und die Modalität der Zahlung zur Sprache gebracht haben, ohne dass eine Einigung erzielt worden wäre, hob das Reichsoberhandelsgericht zwar hervor, dass ein Vertrag eigentlich nicht zu Stande gekommen sei, behandelte aber das Uebereinkommen trotzdem als verbindlich und zwar mit der Maassgabe, dass die Parteien sich, soweit ein Einverständniss nicht erzielt wurde, den einschlägigen Bestimmungen (Art. 342 Abs. 3 H.G.B. § 1095 B.G.B.) des

¹²⁰⁾ Seuffert XXVII O.L.G. f. Bayern 1884.

¹²¹⁾ G.U. XXI, 9378 (1883).

¹²²⁾ Seuffert, Ratihabition S. 140 ff., Art. 1338 C.N.

¹²³⁾ Bähr, Urtheile des R.G. S. 137.

Handelsrechts und des sächs. bürgerl. Gesetzbuchs, wonach bei Mangel rechtsgiltiger Vereinbarung der Kaufpreis bei der Uebergabe zu entrichten ist, unterworfen haben.¹²⁴⁾ Aus demselben Grunde hat auch das A. G. Eisenach die Verbindlichkeit des Verkaufs „einer solchen Quantität an Weizen, Körnern und Gerste, als der Verkäufer davon würde entbehren können,“ nachdem derselbe von einer Seite erfüllt worden ist, anerkannt, obwohl nicht bezweifelt wurde, dass das Geschäft an sich imperfekt ist.¹²⁵⁾

2. Die Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte wird geheilt

a) durch Erfüllung nach Wegfall des Grundes der Ungiltigkeit. In den Quellen wird beispielsweise die Ehe als giltig betrachtet, wenn die Vermählte, welche zur Zeit der Eheschliessung noch nicht zwölf Jahre alt war, während des Zusammenlebens mit dem Gatten das zwölfte Jahr erreichte.¹²⁶⁾ Dasselbe gilt auch, wenn ein Mann senatorio ordine eine Freigelassene heirathete und während des Zusammenlebens mit ihr seinen Rang verliert.¹²⁷⁾ Der Code Napoléon enthält über diese Art der Heilung der Ungiltigkeit eine ausdrückliche Bestimmung.¹²⁸⁾

Im modernen Rechtsleben ist der wichtigste hierher gehörige Fall der der Erfüllung eines während der Minderjährigkeit abgeschlossenen Vertrages nach erreichter Volljährigkeit: so eines Theaterengagements durch Auftreten auf der Bühne nach erreichter Volljährigkeit,¹²⁹⁾ eines Dienstvertrages.¹³⁰⁾ Der Vertrag wird seinem ganzen Inhalte nach genehmigt, also auch in Bezug auf die etwa vereinbarte Konventionalstrafe.¹³¹⁾ Ebenso genehmigt das Mündel die ungiltige Zession der ihm zukommenden Rechte an einem Handelsgeschäfte durch den Vormund, wenn es nach erreichter Volljährigkeit und nachdem es alle Papiere und Rechnungen geprüft hatte, sein Guthaben auf Grund dieser Rechnungen sich ausfolgen lässt.¹³²⁾ Andere derartige Fälle sind folgende: die Erben eines Ehegatten

¹²⁴⁾ R.O.H.G. I, 31 (1870) = Sächs. XXXV, 239.

¹²⁵⁾ Busch XVI, 102. A. G. Eisenach 1864.

¹²⁶⁾ Fr. 4, de ritu nuptiarum 23, 2.

¹²⁷⁾ Fr. 27 ibid.

¹²⁸⁾ Art. 1338, Al. 2 C. N. Windscheid, Zur Lehre des Code Nap. von der Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte S. 345.

¹²⁹⁾ Goldschmidt XII, 234. Dresden (Preuss. Recht).

¹³⁰⁾ Busch XVII, 455 ff. Stuttgart 1869. R.O.H.G. XVII, 116, 1875.

¹³¹⁾ Vergl. die in der vorigen Note zitierten Entscheidungen.

¹³²⁾ Dalloz 70, I, 167.

haben Ehepakten, welche wegen Abwesenheit eines der beiden Gatten bei der Vereinbarung derselben ungiltig waren, dadurch anerkannt, dass sie den Eltern des andern Ehegatten das übergaben, was ihnen nach Inhalt des ungiltigen Aktes gebührte.¹³³⁾ Ein nach Art. 854 C. Nap. ungiltiger Gesellschaftsvertrag *sous seing privé* wird giltig, wenn er von den Erben erfüllt wird.¹³⁴⁾ Die zu Lebzeiten eines Aszendenten vorgenommene und aus diesem Grunde ungiltige Erbschaftstheilung (*partage d'ascendant*) kann nach dem Tode des Aszendenten durch Vollzug genehmigt werden. So wurde ein solcher *partage d'ascendant* aus dem Grunde für genehmigt erachtet, weil die Erben den Nachlass nicht bloß zu Lebzeiten des Aszendenten in Besitz nahmen — das wäre eine ungiltige *exécution* gewesen — sondern auch nach seinem Tode im Besitze verblieben.¹³⁵⁾ Ebenso erblicken zahlreiche französische Entscheidungen eine Anerkennung der Erbtheilung in der Annahme der bei einer freiwilligen Erbtheilung übernommenen Zahlung.¹³⁶⁾ Der Kassationshof in Darmstadt fand die Genehmigung sogar schon darin, dass der Erbe die ihm bei der Theilung zugewiesene Schuld nicht nur dem Gläubiger gegenüber übernommen hatte, sondern auch ausdrücklich bemerkte, dass dies zum Zwecke des Vollzuges der Theilung geschehe und Immobilien als Hypothek bestellte, zu deren alleinigem Eigenthümer er sich nur durch Unterfertigung des Erbtheilungsaktes machte, der sie ihm zuwies.¹³⁷⁾

b) durch Erfüllung bzw. Annahme der Erfüllung von Seite desjenigen, der zur Geltendmachung der Ungiltigkeit berechtigt gewesen wäre, wenn sie in Kenntniss des Ungiltigkeitsgrundes geschieht. Einzelne in den Quellen erwähnte Fälle dieser Art sind folgende:

aa) Der Verzicht auf die *quarta falcidia*, also Genehmigung der testamentarischen Bestimmung von Seiten des Erben durch vollständige Entrichtung der Vermächtnisse.¹³⁸⁾

bb) Die Genehmigung des inofficiösen Testaments (Verzicht auf

¹³³⁾ Dalloz 66, I, 350.

¹³⁴⁾ Dalloz 69, I, 479.

¹³⁵⁾ Dalloz 70, I, 71.

¹³⁶⁾ Dalloz 47, I, 366; 58, II, 107 (Agen); 64, I, 334; 69, I, 22 (1868).

¹³⁷⁾ Emerling 1856, S. 126.

¹³⁸⁾ Fr. 9, § 5 de iuris et facti ign. 22. 6; C. 9 ad l. falc. 6. 50. Nov. 1. Cap. 3.

die *querela inofficiosi testamenti*, die etwa noch offen stehende *bonorum possessio contra tabulas*) durch Annahme eines darin, wenn auch nur mittelbar begründeten Vortheils.¹³⁹⁾

cc) Eine Erbin hat die ihr in ungiltiger Weise in einem *familiae herciscandae iudicium* auferlegte Leistung von Alimenten an die ihr zugewiesenen Freigelassenen dadurch übernommen, dass sie die Alimente jahrelang entrichtete.¹⁴⁰⁾

dd) Ueberdies erwähne ich folgende moderne Fälle: Ein Gesellschaftsvertrag, der wegen Fiktivität der Einlagen (*simulation d'apport*) und wegen mangelnder Veröffentlichung nichtig war, wurde von dem Gläubiger eines Gesellschafters, dessen Forderung erst infolge einer Bestimmung des Gesellschaftsvertrages zur Forderung an die Gesellschaft wurde, anerkannt, da er in Kenntniss der Ungiltigkeitsgründe am Ausgleichsverfahren theilnahm, sich die auf ihn entfallende Dividende auszahlen liess und, in das Ueberwachungskomitée der Liquidation gewählt, sich an dessen Arbeiten betheiligte.¹⁴¹⁾ Die Versicherungsanstalt, welche in Kenntniss des vom Versicherten verschwiegenen Umstandes, dass die versicherte Fabrik ohne Konzession betrieben werde, die Prämie annahm, hat den Vertrag als für sie verbindlich anerkannt, obwohl eine derartige Verschweigung vereinbarungsgemäss die Ungiltigkeit des Vertrages nach sich zieht.¹⁴²⁾

3. Von ähnlicher Bedeutung ist die Annahme desjenigen, was auf Grund eines vom *negotiorum gestor* geschlossenen Vertrages geschuldet wird, als Genehmigung der stellvertretenden *negotiorum gestio*.¹⁴³⁾ So entschied das Reichsoberhandelsgericht, dass der Gläubiger, welcher in Kenntniss der in seinem Namen gepflogenen, aber seiner *Ratihabition* vorbehaltenen Akkordverhandlungen die ausdrücklich als akkordirt bezeichneten Theilzahlungen ohne jeden Vorbehalt annahm oder gar darüber als Theilzahlungen quittirte, diesen Akkord genehmigte.¹⁴⁴⁾ Dasselbe gilt von der Erfüllung der von einem *negotiorum gestor* übernommenen Verbindlichkeit: so wenn

¹³⁹⁾ Fr. 20, § 6, fr. 12 pr. § 2, fr. 31, § 3 de inoff. test. 5. 2, fr. 30 de min. XXV annis 4. 4; Dalloz 66, II, 162, Bastia 1865.

¹⁴⁰⁾ Fr. 41 fam. herc. 10. 2.

¹⁴¹⁾ Dalloz 83, I, 131.

¹⁴²⁾ Busch XIV, 305. Lübeck 1868,

¹⁴³⁾ Mitteis, Stellvertreter S. 215, N. 372. C. 9, § 1 de cond. indeb. 4. 5.

¹⁴⁴⁾ R.O.H.G. X, 66, 1873.

der Eigenthümer der ohne seinen Auftrag von einem Dritten verkauften Sache den Gewährleistungsanspruch des Käufers befriedigt.¹⁴⁵⁾ Zahlung der Zinsen des von einem Dritten, dessen Vollmacht nicht erwiesen wurde, im Namen des Zahlenden aufgenommenen Darlehns wurde als Genehmigung der Aufnahme des Darlehns betrachtet.¹⁴⁶⁾ Ebenso erscheint die Berichtigung der von einem negotiorum gestor auferlegten Verbindlichkeit als Genehmigung der Geschäftsführung: so wurde die Leistung mehrerer Lieferungen zur Erfüllung des von einem negotiorum gestor abgeschlossenen Kohlenlieferungsvertrages als Genehmigung desselben aufgefasst.¹⁴⁷⁾ Der Vater, welcher seinem Sohn einen beschränkten Kredit eröffnen liess, genehmigt die Ueberschreitung des Kredits, wenn er in Kenntniss derselben an den Gläubiger mehrfach Zahlung leistet.¹⁴⁸⁾

4. Hängt endlich sonst irgendwie die Verbindlichkeit eines Rechtsgeschäfts von der Zustimmung eines Dritten ab, so gilt die Zustimmung als erklärt, wenn der Dritte die Leistung, zu welcher ihn oder einen der Kontrahenten das Rechtsgeschäft verpflichtet, im eigenen oder des Kontrahenten Namen vollzieht bzw. die Leistung, zu welcher ein Anderer durch das Rechtsgeschäft verpflichtet wäre, entgegennimmt. Als Beispiele seien folgende Fälle genannt:

Der Hausvater genehmigt das ohne seine Zustimmung von seinem Sohne aufgenommene Darlehn (verwirkt die exceptio S. C. Macedoniani), wenn er die Darlehnsschuld zu erfüllen beginnt.¹⁴⁹⁾

Der Vermiether, welcher sich die Zustimmung zur Zession des Miethrechts vorbehielt, ertheilte dieselbe, indem er vom Zessionär eine Zinsrathe annahm: dadurch verzichtete er auch auf die Klausel, wonach die Zustimmung im vorhinein erklärt werden müsse.¹⁵⁰⁾

Nach französischem Recht wird die Zession einer Forderung Dritten gegenüber erst durch die signification oder acceptation par acte authentique von Seiten des Schuldners wirksam. Dem Schuldner gegenüber genügt dagegen schon eine acceptation tacite — und eine solche liegt auch darin, dass der Gläubiger dem Schuldner Zahlungen leistet, ja selbst darin, dass er, nachdem für den Zessionär bei der

¹⁴⁵⁾ C. 9, § 1 de cond. indeb. 4. 5.

¹⁴⁶⁾ Seuffert XIX, 229. Kassel 1864; dagegen Seuffert XVI, 33. Jena 1835.

¹⁴⁷⁾ R.O.H.G. XII, 12 (1873).

¹⁴⁸⁾ R.O.H.G. XII, 280 (1874).

¹⁴⁹⁾ Fr. 7, § 15 de S. C. Maced. 14, 6. Mandry a. a. O. I, S. 461.

¹⁵⁰⁾ Dalloz 59, I, 459.

Kaufschillingsvertheilung die Rangordnung bestimmt wurde, zur Erhebung von Einwendungen durch das Gericht aufgefordert, solche zu erheben unterlässt und dadurch eine Zahlung an den Gläubiger veranlasst.¹⁵¹⁾

5. Insofern die Wirksamkeit des Vertrages zu Gunsten eines Dritten, sei es auf Grund gesetzlicher Vorschrift, sei es aus doktrinären Gründen, von einer Annahmeerklärung des Dritten abhängig gemacht wird, wird die Wirkung der Annahmeerklärung schon der Annahme einer auf Grund des Vertrages erfolgenden Leistung beigelegt.

So entschied die Juristenfakultät Göttingen im Namen des Oberappellationsgerichts Jena in einem Falle, wo der Verkäufer eines Gasthofes, welcher verpflichtet war, einer Gemeinde von jeder Kanne Bier einen Pfennig zu entrichten, mit dem Käufer die Uebernahme dieser Verbindlichkeit vereinbarte. Als sich der Letztere der auf diesen Vertrag gegründeten Klage der Gemeinde gegenüber auf die Unwirksamkeit der Verträge zu Gunsten Dritter berief, wurde der Klage mit Rücksicht darauf stattgegeben, dass die fragliche Abgabe thatsächlich eine Zeit lang vom Käufer entrichtet worden ist. Durch Annahme dieser Abgabe habe die Gemeinde stillschweigend ihre Zustimmung hinsichtlich der Uebernahme der Verpflichtung zur Entrichtung des Bierpfennigs erklärt.¹⁵²⁾

Der Erfinder eines Geheimmittels vereinbarte mit den dasselbe verschleissenden Apothekern, dass sie dem Arzte, welcher es verschrieb, eine Tantieme zahlen würden; einen entsprechenden Vertrag schloss er auch mit dem Arzte. Diese Tantieme wurde nun dem Arzte, nachdem sie sieben Jahre hindurch gezahlt worden ist, von den Apothekern verweigert; der Klage des Arztes wurde jedoch stattgegeben, da durch die Zahlung der Prämie eine Delegation im Sinne des Art. 1272 C. Nap. zu Stande gekommen sei und in Erwägung, dass dieselbe faisait naître un lien de droit entre le bénéficiaire (dem Arzt) et les délégataires (den Apothekern) qui ont accepté et fidèlement exécuté cet engagement pendant sept ans.¹⁵³⁾

Ein Fabrikant lässt seine Arbeiter gegen Unfälle versichern und bezahlt die Prämie mittels der Lohnabzüge. Dadurch ist zwischen

¹⁵¹⁾ Dalloz 78, I, 276.

¹⁵²⁾ Seuffert XXIII, 219. Juristenfakultät Göttingen namens des O.A.G. Jena 1868.

¹⁵³⁾ Dalloz 82, I, 67.

den Arbeitern und der Gesellschaft un lien de droit entstanden, welcher die letztere zum Ersatze des durch einen Unfall verursachten Schadens verpflichtet: Der Vertrag zwischen dem Fabrikanten und der Gesellschaft bildet eine gestion d'affaires d'autrui (Art. 1373 C. Nap.), welche die Arbeiter durch Bezahlung der Prämie genehmigt und ausgeführt haben.¹⁵⁴⁾

F. In sehr weitem Umfange wird angenommen, dass der Gläubiger, der eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung in Kenntniss der Vertragswidrigkeit derselben vorbehaltlos annimmt, dadurch den Verzicht auf die für diesen Fall vereinbarten oder im Gesetze gegründeten Rechte, Nebenleistungen und die Ersatzansprüche erkläre.¹⁵⁵⁾ Die Erklärung des Verzichts liegt in der Annahmehandlung. Dieser Gedanke wurde vom H.A.G. Nürnberg bei Entscheidung eines Falles, in dem es sich um verspätete Lieferung eines der gekauften Gegenstände handelte, sehr klar zum Ausdrucke gebracht. „Es liegt in der Natur der Sache, dass der Käufer gehalten sein muss, sich, wenn der im Verzuge befindliche Verkäufer nachträglich freiwillig erfüllt, ausdrücklich zu erklären, dass er sich mit der Erfüllung nicht begnügt, dass er sie nicht gleichsam als fehlerlos geschehen annehme; unterlässt er eine solche Erklärung, so wird sein Stillschweigen mit Recht dahin gedeutet, dass er mit der Erfüllung, welche ihm vom Käufer geboten wurde, also auch hinsichtlich der Zeit, einverstanden sei, dass er die Leistung, welche ihm vom Verkäufer in der Absicht, seine vertragsmässige Verpflichtung zu tilgen, gemacht wurde, auch als vertragsmässige Tilgung der Verbindlichkeit annehmen will.“¹⁵⁶⁾ An dieser Begründung ist interessant die Anlehnung an das Dispositionsstellungsrecht, wovon unten noch die Rede sein wird.

Insbesondere enthält im Sinne dieses Grundsatzes:

1. Die vorbehaltlose Annahme der den Gegenstand des Vertrages bildenden Leistung einen Verzicht

a) auf die lex commissoria.¹⁵⁷⁾ Ein besonderer hierher gehöriger Fall betrifft die Verwirkungsklausel der Versicherungsverträge. Die

¹⁵⁴⁾ Dalloz 86, I, 201; dagegen 82, II, 63. Rouen.

¹⁵⁵⁾ Vergl. Randa in der Gerichtszeitung ex 1869 S. 294.

¹⁵⁶⁾ Busch XIII, 80. Nürnberg 1867; beinahe wörtlich übereinstimmend: Busch XXXI, 53 H.A.G. Augsburg 1872; vergl. auch A.C. IV, 726 (1877); dagegen R.G. I, 21 (1879) = Seuffert XXXV, 313.

¹⁵⁷⁾ Fr. 38 pr. de minor XXV, annis 4. 4; fr. 6, § 2; fr. 7 de lege comm. 18. 3; P.L.R. I, 11, § 267. Sächs. XIV, 176 (1854); G.U. XXIII, 10554 (1885).

Anstalt, welche eine verspätet angebotene Prämienzahlung annimmt, verzichtet auf die Geltendmachung der Verwirkung der Rechte aus dem Versicherungsvertrage, die mit dem Versicherten zu dessen Nachtheile für den Fall vereinbart worden ist, wenn er die Prämie nicht rechtzeitig bezahlen sollte;¹⁵⁸⁾

b) auf den Charakter eines Fixgeschäftes. Ein solcher Verzicht wurde daraus entnommen, dass nach Ablauf des vereinbarten Lieferungstermines noch mehrere Lieferungen vom Verklagten ausgeführt wurden;¹⁵⁹⁾

c) auf Verzugszinsen;¹⁶⁰⁾

d) auf den Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung;¹⁶¹⁾

e) auf die Konventionalstrafe. Bei der Wandelpön ist dies selbstverständlich.¹⁶²⁾ Bei andern Arten der Konventionalstrafe schwankt die Rechtssprechung. Nur das preussische Landrecht bestimmt dies ausdrücklich.¹⁶³⁾ Die Anwendung dieses Grundsatzes erscheint übrigens ganz undenkbar, wo die Konventionalstrafe für den Fall ver-

Striethorst LXXXII, 246 (Erklärung des Verzichts auf das Recht, die Aufhebung der Miethe wegen Säumniss in der Bezahlung des Miethzinses zu verlangen durch Annahme des Zinses trotz gleichzeitiger Verwahrung); Bechmann, Kauf II, 254.

¹⁵⁸⁾ Busch XV, 152, Nürnberg 1867 = Entsch. des H.A.G. Nürnberg I, 336; Dalloz 68, I, 333.

¹⁵⁹⁾ R.O.H.G. VI, 22 (1872); vergl. ibid. IV, 286 (1871).

¹⁶⁰⁾ Fr. 49 § 1 de a. e. v. 19. 1; vergl. C. 26 pr. de usuris 4. 32. Sächs. X, 183 (1885); Seuffert VI, 321. Oldenburg. VII, 14. Halle (1833) VIII, 117. Darmstadt (1853); XII, 254. Jena (1850) P.L.R. I, 11, § 845.

¹⁶¹⁾ Busch XIII, 80. Nürnberg 1867 = Goldschmidt XII, 303; Busch XXXI, 153 H.A.G. Augsburg 1872; Seuffert X, 26. Kassel 1849; XXVIII R.O.H.G. 1873.

¹⁶²⁾ Vergl. fr. 10 de eo quod certo loco 13. 4, das aber nicht von der Wandelpön handelt.

¹⁶³⁾ R.G. VII, 274 (1883) = Seuffert XXXVIII 307; R.G. IX, 199 (1883); welches feststellt, dass die Erlöschung des Anspruchs auf die Konventionalstrafe nach vorbehaltloser Annahme der verspäteten Leistung gesetzlich nicht vorgeschrieben ist, daher auch jeder einzelne Fall zu untersuchen sei, ob er gewollt ist. Ebenso früher R.O.H.G. XXIV, 56 (1878) = Seuffert XXXIV, 194; Seuffert XXI, 226. Rostock (für den unbedingten Verzicht auf die Konventionalstrafe); Seuffert XVI, 206 O.G. Wolfenbüttel 1863; XIX, 137 O.A.G. Dresden 1865; XXIII, 215. Jena 1877; Sächs. XLIV, 22 (1875) R.O.H.G. II, 284 (1871); § 307 I, 5 P.L.R. Striethorst XXIX, 258 (1858), LXXVII, 58 (1869), Berl. O.T. LXVIII, 11 (1869).

einbart ist, wenn der Verpflichtete eine positive Handlung vornimmt.¹⁶⁴⁾

2. Durch die Annahme der Verzugszinsen wird verzichtet

a) auf die Geltendmachung der Entschädigung wegen verspäteter Leistung;¹⁶⁵⁾

b) auf die anderweitigen Folgen des Verzugs, z. B. die für diesen Fall vereinbarte sofortige Kündbarkeit des Kapitals.¹⁶⁶⁾

3. Die Bezahlung der Schuld oder eines Theiles derselben enthält einen Verzicht auf die *exceptio non numeratae pecuniae*.¹⁶⁷⁾

4. In ähnlicher Weise kann auch sonst eine aus was immer für einem Grunde ohne materielle Befriedigung erloschene Forderung durch Leistung und Annahme der Erfüllung als aufrecht bestehend anerkannt werden. Dies gilt vor allem für verjährte Schulden.¹⁶⁸⁾ Auf gleicher Stufe mit der Verjährung steht die unterlassene Anmeldung bei einem Proklam¹⁶⁹⁾ und die Verwirkung einer Versicherung etwa durch eine in Widerspruch mit der Polize ohne Zustimmung der Anstalt erfolgte Weiterveräußerung des versicherten Hauses: hat die Anstalt trotzdem nachträglich die Prämie angenommen, so hat sie dadurch auf die Geltendmachung der Verwirkung verzichtet.¹⁷⁰⁾ In derselben Weise behandeln die Quellen auch die Erfüllung einer mit Unrecht urtheilsmässig aberkannten Forderung.¹⁷¹⁾

G. Endlich kann ein Vertrag rückgängig gemacht, ein Verhältniss aufgelöst werden durch Rückstellung und Rücknahme des Gegenstandes derselben. So wird bekanntlich das Pfandrecht durch Rückstellung des Pfandes erlassen.¹⁷²⁾ Ein solcher Fall ist auch

¹⁶⁴⁾ Striethorst LXVII, 220 (1867).

¹⁶⁵⁾ Striethorst LXXVII, 58 (1869) am Schlusse; Busch XII, 278. Berlin 1868.

¹⁶⁶⁾ Seuffert XXVII, 122. Wolfenbüttel 1872; letztere Entscheidung folgert dies aus dem § 139 des Reichsabschieds vom Jahre 1600, nach welcher der Gläubiger die Wahl hat, entweder das Interesse geltend zu machen oder sich mit den Verzugszinsen zu begnügen.

¹⁶⁷⁾ C. 4 de non num. pec. 4. 30.

¹⁶⁸⁾ Hierüber Windscheid § 108, Dernburg § 169, Unger § 121, Dalloz 54, I, 53; 66, I, 294: derjenige der das Geld zur Bezahlung einer verjährten Schuld dargeliehen hat, wird in die Forderung der bezahlten Gläubiger subrogirt.

¹⁶⁹⁾ Seuffert VII, 174. Kiel 1846.

¹⁷⁰⁾ Dalloz 68, I, 333; 75, I, 173.

¹⁷¹⁾ Fr. 28 de cond. indeb. 12. 6.

¹⁷²⁾ Fr. 3 de pign. act. 13. 7 (arg. a. contr.) C. 9, de rem. pign. 8. 25; § 253, I, 20 P.L.R. Art. 1286, C. N. (arg. a. contr.) § 467 österr. B.G.B.

Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung.



der in den Quellen entschiedene: durch Rücknahme der verkauften Sache werde die *actio redhibitoria* anerkannt:¹⁷³⁾ denn der Redhibitionsanspruch ist doch nichts als ein Anspruch auf Vertragsauflösung aus einem speziellen Grunde und unter bestimmten Modalitäten. Aus der modernen Rechtssprechung nenne ich hier die Entscheidung des österreichischen Obersten Gerichtshofes, wonach der nach dem Gesetze im Falle der Nichtzuhaltung des Vertrages für die Partei, die das Angeld erlegte, begründete Anspruch an die vertragsbrüchige Partei auf das doppelte Angeld im konkreten Falle deswegen als unbegründet erachtet wurde, weil der Kläger behauptete, dass ihm der Beklagte das erhaltene Angeld mit der ausdrücklichen Erklärung zurückgegeben habe, dass er ihm den verkauften Weizen weder übergeben wolle noch könne. „Wenn daher der Kläger ungeachtet dieser ausdrücklichen Erklärung des Beklagten das ihm zurückgestellte Angeld ohne jeden Vorbehalt angenommen hat, so muss im Hinblick auf den § 863 B.G.B. (betrifft die stillschweigende Willenserklärung) angenommen werden, dass der Kläger und Beklagte von dem abgeschlossenen Kauf- und Verkaufsvertrage einverständlich abgegangen sind.“¹⁷⁴⁾ Der bayerische Oberste Gerichtshof entschied: Eine Handlung, aus welcher der Wille beider Theile hervorgeht, die durch den Ehevertrag begründete Gemeinschaft im Besitze des Eigenthums des Gemeinwesens nicht mehr fortsetzen zu wollen, liege darin, dass die Gatten ihr Anwesen veräusserten und den Reinerlös unter sich theilten.¹⁷⁵⁾

H. Zum Schlusse soll noch hervorgehoben werden, dass Vertragsschlüsse durch reale Erfüllungshandlungen auch unter Abwesenden vorkommen. Eine Vertragsofferte, welche zugleich eine Aufforderung zu einem Handeln enthält, kann angenommen werden durch Ausführung der Handlung, zu welcher der Oblat aufgefordert wird.¹⁷⁶⁾ Von einer

¹⁷³⁾ Fr. 31, § 17 de aedil. act. 21. 1. Seuffert XXVIII, 210 O.G. Wolfenbüttel 1863. Auch der in den Quellen erwähnte Fall der Erklärung des *contrarius consensus* durch gegenseitige *acceptilatio* (fr. 5 pr. de resc. vend. 18. 5) oder auch durch einseitige „vorausgesetzt, dass beiderseits die Intentionen der Parteien nur auf Auflösung des ganzen kontraktlichen Verhältnisses gerichtet sind (fr. 23 de acceptil. 46. 4)“ wird „stillschweigender *contrarius consensus*“ genannt von Czyhlarz: Zur Lehre von der Resolutivbedingung S. 54, Note 13.

¹⁷⁴⁾ G.U. 4903 (1873).

¹⁷⁵⁾ B.O.G.H. II, 506 (1876).

¹⁷⁶⁾ Vergl. zu dem Nachfolgenden Regelsberger, Zivilrecht. Erörterungen Heft I, S. 72. Sohm in der Goldschmidt'schen Zeitschrift Bd. XVII, S. 30; wo

solchen Annahme spricht beispielsweise fr. 61 § 1 de oblig. et act. 44. 7. Seia hat Lucius Titius aufgefordert, sofort Alles zu verkaufen und zu ihr zu kommen, sie werde ihm ein Salarium bezahlen. Der Jurist lässt ex personis et causis beurtheilen, ob Titius, nachdem er Alles zu Geld gemacht hat und zu Seia gekommen ist, das Salarium beanspruchen könne. In der modernen Rechtssprechung kommt insbesondere die Annahme einer Waarenbestellung durch sofortige Ausführung derselben zu Sprache, wenigstens in den „im Geschäftsverkehr viel häufigeren Fällen, in denen die Effektuirung der Bestellung die Annahme sein soll und eine Erklärung nur dann erwartet wird, wenn der Bestellungsempfänger die Effektuirung ablehnt.“ In solchen Fällen bringt die Effektuirung der Bestellung als stillschweigende Annahme den Vertrag sofort zur Perfektion und es wird selbstverständlich die Einhaltung der Frist des Art. 319 H.G.B. nicht vorausgesetzt, sondern die Annahme gilt als rechtzeitig, wenn die Waare rechtzeitig abging. Es trifft daher auch von diesem Zeitpunkte an die Gefahr des Untergangs den Besteller der Waare.¹⁷⁷⁾ In vielen Geschäftszweigen bildet ein derartiges Vorgehen die Regel.¹⁷⁸⁾

I. Das Prinzip, dass Derjenige, der eine ihm als Erfüllung einer Vertragspflicht angebotene Leistung annimmt, dieselbe als vertragsmässig anerkennt, findet eine ganz eigenartige Anwendung auf Beurkundungen. Ganz allgemein wird nämlich angenommen, dass man durch Entgegennahme einer Beurkundung über eine angeblich abgegebene Willenserklärung oder einen geschlossenen Vertrag diese Beurkundung als rechtsverbindlich anerkennt.¹⁷⁹⁾ Das preussische Obertribunal hat selbst der Verwahrung gegen den Inhalt einer solchen Urkunde als einer protestatio facto contraria die Berücksichtigung verweigert.¹⁸⁰⁾ In dem von demselben entschiedenen Falle handelte es sich um einen Provisionsschein, in welchem das Honorar blos für die erfolgreiche Vermittlung der Zession einer Forderung ver-

eine grössere Anzahl hieher gehöriger Quellenstellen angeführt ist. — Regelsberger in Endemann's Handb. Bd. II, S. 447 ff. und die dort Note 7 zitirten; überdiess Buhl in der Goldschmidt'schen Zeitschr. Bd. XXV, S. 149.

¹⁷⁷⁾ R.O.H.G. XVIII, 246 (1875) = Seuffert XXXII, 28; R.G. II, 43 (1880) = F.M. II, 54. Ebenso Busch V, 321 H.A.G. Nürnberg (1854). Striethorst XVIII, 280 (1855); Dalloz 75, II, 225; Rennes; 77, I, 450 (1875).

¹⁷⁸⁾ Vergl. Buhl a. a. O.

¹⁷⁹⁾ Vergl. Seuffert XXXVII, 141 R.G. 1881.

¹⁸⁰⁾ Striethorst XLVII, 269 (1867); vergl. übrigens Wetzels System des ordentlichen Zivilprozesses S. 200, Note 10.

sprochen wurde. Dabei hatte es sein Bewenden, obwohl der Agent bei Entgegennahme des Scheines erklärte, dass die Zahlung der Provision nicht vom Erfolge der Vermittlung abhängt. Wenn ferner das Reichsgericht entschied, dass der Inhaber des Talons einer Inhaberschuldverschreibung, der die ihm vom Schuldner angebotenen Zinskupons mit verändertem Inhalte annimmt, sich damit der Auffassung des Schuldners über den Inhalt seiner Zinspflicht fügen will, so bringt es ebenfalls denselben Gesichtspunkt, allerdings nicht mit der wünschenswerthen Klarheit zur Geltung.¹⁸¹⁾ Auf demselben Grundgedanken beruht die Bestimmung des Handelsgesetzbuchs, derzufolge der Empfänger eines Frachtgutes durch Annahme des Gutes und des Frachtbriefes verpflichtet wird, dem Frachtführer nach Maassgabe des Frachtbriefes Zahlung zu leisten,^{181a)} sowie die Bestimmung vieler Versicherungspolizen, dass durch deren Annahme der Versicherte sich mit dem ganzen Inhalte derselben, insbesondere der darin bestimmten Prämie und Dauer der Versicherung einverstanden erklärt. Die Verbindlichkeit einer solchen Bestimmung wird hie und da behauptet.¹⁸²⁾

Eine besondere Bedeutung haben in dieser Beziehung die Einschreibbücher, welche von Parteien, die miteinander in fortgesetzter Geschäftsverbindung stehen, benutzt werden, um darin Bestätigungen über Empfänge an Baargeld, Waare oder Arbeitsmaterialien einzutragen. Sie befinden sich theils im Besitze des Empfängers der Leistung (des Schuldners), wie die kaufmännischen Einschreibbücher und die Lieferbücher der Arbeiter, theils im Besitze des Leistenden (des Gläubigers), wie die Sparkassenbücher. Sie sind aber nach Absicht der Parteien stets ein gemeinschaftliches Beweismittel, sie sollen nicht bloß gegen den Aussteller und für den Besitzer, sondern auch für den Aussteller und gegen den Besitzer zeugen, und deswegen bedeutet nicht bloß die Vornahme oder die Unterfertigung einer Eintragung, sondern auch die vorbehaltlose Annahme eines Einschreibbuches nach der Absicht der Parteien die Anerkennung des Inhalts desselben. So führt das O.A.G. Dresden¹⁸³⁾ in Betreff eines Beibuchs,

¹⁸¹⁾ R.G. XIV, 164 ff., 1885 — dagegen Ladenburg in Goldschm. Ztschr. XXXIII, S. 246 ff., Goldschmidt ibid. S. 250 ff.

^{181a)} Art. 406 H.G.B. Schott in Endemann's Handb. III, S. 310.

¹⁸²⁾ Lewis, Versicherungsrecht S. 169.

¹⁸³⁾ Busch VII, 417 O.A.G. Dresden 1863; ebenso Badisches Magazin Bd. IV, S. 321 O.H.G. Mannheim 1858.

in welches dem Akkordarbeiter die ihm übergebenen Rohstoffe und die von ihm gelieferten Arbeiten eingetragen wurden, aus: „Der Zweck könne nur darin bestehen, durch die in dasselbe gebrachten schriftlichen Notizen allen künftigen Zweifeln über Qualität und Gewicht des ihm übergebenen Rohstoffes und bezüglich der dagegen gelieferten Fabrikate vorzubeugen, andererseits aber durch regelmässige Aushändigung dieses Buches gleich nach jeder hierauf sich beziehenden Eintragung oder doch bald nachher, und jedenfalls noch im Laufe der gegenseitigen Geschäftsverbindung und zu einer Zeit, wo er noch die Richtigkeit der Einträge beurtheilen konnte, die ausreichende Gelegenheit zu geben, von diesen Einträgen Kenntniss zu nehmen.“ Daraus wird geschlossen, dass der Arbeiter, welcher diese Einträge nicht für richtig hielt oder sich denselben nicht unterwerfen wollte, diese rechtzeitig hätte bemängeln sollen, und wenn er dies nicht that, lasse sein Stillschweigen, so wenig auch sonst der Satz *qui tacet consentire videtur* zu billigen sei, eine andere Deutung als die, dass er einverstanden sei, nicht zu. In demselben Sinne entschied auch das Reichsoberhandelsgericht mit Berufung darauf, „dass den Beibüchern durch den offenkundigen Willen der Parteien die Bestimmung gegeben worden ist, im Interesse beider Theile fortlaufende Uebersicht über die gegenseitigen Schuldverhältnisse aufzustellen, zu dem Zwecke, um künftigen Differenzen über den Verlauf der geschäftlichen Beziehungen vorzubeugen“. ¹⁸⁴⁾

Ebenso verhält es sich mit den Sparkassenbüchern. Auch hier wird aus dem Zwecke derselben, das zwischen dem Eigenthümer des Sparkassenbuchs und dem Inhaber des Sparkassengeschäfts begründete Verhältniss zu fixiren, gefolgert, „dass diesen Einträgen eine weitergehende Wirkung beigelegt werden muss, als den der blossen thatsächlichen Vermuthung für die Richtigkeit des Eintrags, nämlich den der vertragsmässigen Feststellung des durch die Ein- oder Rückzahlung begründeten Rechtsverhältnisses“. ¹⁸⁵⁾ Das O. A. G. Dresden lässt mit Berufung auf den § 1401 des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs die Anfechtung einer solchen Feststellung nur nach den Grundsätzen der Rückforderung einer Nichtschuld zu. ¹⁸⁶⁾

Diese Aufzählung jener Handlungen, die in der blossen Leistung oder Annahme einer Leistung bestehen und rechtsgeschäftliche Wir-

¹⁸⁴⁾ R. O. H. G. I, 162 (1870).

¹⁸⁵⁾ R. O. H. G. XXIII, 164 (1878).

¹⁸⁶⁾ Sächs. XLVI, 272 (1878).

kung besitzen, ist allerdings nicht erschöpfend, sie genügt aber wohl, um über die Natur derselben keinen Zweifel übrig zu lassen. Handlungen, welche in einer Leistung oder in der Annahme einer Leistung bestehen, die den Gegenstand einer vertragsmässigen Verbindlichkeit bildet, dienen hier als Ausdruck des Willens, einen Vertrag abzuschliessen, der diese Leistungen zum Gegenstande hat.

Während sonst bei jedem mit sofortiger Vollziehung verbundenen Geschäft die Willenserklärung die Vollziehung begleitet, erscheint hier die Erklärung in der Vollziehung selbst verkörpert. Dies ist die einzige Eigenthümlichkeit dieser Art der Willenserklärung als solcher. Sonst unterscheidet sie sich in rechtlicher Beziehung nicht von der Willenserklärung durch Worte, durch mimische und symbolische Handlungen. Der Inhalt der Erklärung, die sich in der Vollziehung verkörpert, bestimmt sich nach der Usance, wie bei jeder andern Willenserklärung. Im Uebrigen kommen die allgemeinen Interpretationsregeln zur Anwendung.

Doch soll keineswegs bestritten werden, dass Verträge, die in dieser Weise zu Stande kommen, manche Eigenthümlichkeiten aufweisen. So wird zweifellos nicht selten ein Verzicht auf die Konventionalstrafe und Schadenersatzansprüche angenommen worden sein, wo weder die Usance noch die blosse Vertragsinterpretation es geboten erscheinen liessen: es erklärt sich dies aus der Abneigung der Gerichte, nach gänzlicher Erfüllung des Vertrages noch Ansprüche aus demselben anzuerkennen, die sich auf Nebenpunkte beziehen. Es spielen daher ausser den hier erörterten noch andere Gesichtspunkte hinein. Man darf eben nicht ausser Acht lassen, dass die als Willenserklärung geltenden Handlungen nicht blos Willenserklärungen, sondern auch Erfüllungen sind, dass es sich demgemäss hiebei nicht ausschliesslich um Eigenthümlichkeiten einer bestimmten Art der Willenserklärung handeln kann, sondern auch um Eigenthümlichkeiten des erfüllten Vertrages.

d) Sonstige Formen der Willenserklärung.

Zwei Fälle angeblich „stillschweigender“, in That und Wahrheit aber ausdrücklicher Willenserklärungen sollen noch an dieser Stelle näher erörtert werden, da man in ihnen, wenn auch mit Unrecht, Besonderheiten erblicken könnte.

I. Vor Allem kann eine ausdrückliche Willenserklärung mit rechtsgeschäftlicher Wirkung auch in einer Prozessschrift oder Prozessrede

abgegeben werden: sie ist dem Prozessgegner oder dem Streitgenossen gegenüber rechtsverbindlich abgegeben. So findet sich schon in den Quellen die Entscheidung, dass die Klage auf Auflösung der Gesellschaft als gültige Kündigung des Gesellschaftsvertrages zu betrachten ist.¹⁾

Um einen solchen Fall handelt es sich beispielsweise in folgender Entscheidung: Derjenige, dessen Darlehnsschuld von einem Dritten ohne Mitwirkung des Gläubigers in Anrechnung auf einen Kaufschilling übernommen wurde, hatte zusammen mit dem Gläubiger gegen den Dritten die Klage auf Zahlung eingebracht. Der Klage wurde aus folgenden Gründen stattgegeben: „Aus der bei Gelegenheit des Kaufabschlusses zwischen dem Verkäufer und dem Beklagten getroffenen Vereinbarung, nach welcher dieser in Anrechnung auf die stipulirte Kaufsumme die dem M. zustehende Darlehnsforderung von 3000 Mark als eine Schuld übernommen habe, konnte den bestehenden Grundsätzen gemäss an sich ein Klagerecht dem Darlehnsgläubiger nicht erwachsen. — Gleichwohl erscheint der Umstand, dass beide Kläger miteinander vereint in derselben Klage aufgetreten sind, von nicht geringer Bedeutung. Diese gemeinschaftliche Rechtsverfolgung und das Verhältniss der beiden Kläger zu der Darlehnsforderung beweist unverkennbar, dass der Mitkläger mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln dem Mitkläger zu der auch ihm zu Gute kommenden Sentenz habe verhelfen wollen; und solche Mittel waren in der That vorhanden. Die Klage dem Darlehnsgläubiger zu zediren, stand nichts entgegen, und ebensowenig ist zu bezweifeln, dass diese Uebertragung auch tacite durch konkludente Handlungen geschehen könnte. Für eine solche stillschweigende Zession muss es aber erachtet werden, wenn angesichts des Verkäufers der Darlehnsgläubiger nicht nur dessen Recht für sich geltend macht, sondern in gemeinschaftlicher Rechtsverfolgung dem Kläger seine Unterstützung hiebei verleiht.“²⁾

Es hängt jedoch die Gestaltung dieses Rechtsverhältnisses viel zu sehr von prozessualen Grundsätzen ab, als dass hier darauf näher

¹⁾ Fr. 65, pr. pro socio 17, 72.

²⁾ Seuffert XIX, 135. Celle 1865. Gegen diese Konstruktion Seuffert XXI, 41 O.A.G. München 1866. Vergl. über diesen Rechtsfall Gareis, Verträge zu Gunsten Dritter S. 189. Diese Entscheidung ist zugleich ein schöner Beitrag zur Lehre von der Interpretation der Willenserklärungen nach der wirthschaftlichen Absicht.

eingegangen werden könnte. Dagegen muss die rechtsgeschäftliche Bedeutung der blossen Thatsache der Klageerhebung ausführlicher erörtert werden. Diese wird nämlich in allen Fällen als Willenserklärung aufgefasst, wo nicht der Erwerb des Rechts durch Annahme einer Offerte in Frage steht,³⁾ sondern blos die Entscheidung, ob man von einem erworbenen Rechte Gebrauch machen will, die Bedeutung eines Rechtsgeschäfts besitzt. Dies trifft namentlich in folgenden Fällen zu:

1. Schon die Quellen entscheiden, dass Derjenige, der berechtigt wäre, einen Vertrag nicht anzuerkennen oder als ungiltig anzufechten, durch Anstellung der auf den Vertrag gegründeten Klage auf sein Anfechtungsrecht verzichtet,⁴⁾ dass der dominus negotii die Genehmigung des vom negotiorum gestor geführten Prozesses verweigert, wenn er eine Klage erhebt, die er nicht erheben könnte, wenn er den Prozess genehmigt hätte.⁵⁾ Der Käufer, welcher den Kaufpreis einklagt, erklärt hiedurch den Verzicht auf die *lex commissoria*,⁶⁾ ebenso den Verzicht auf den Kaufpreis durch Geltendmachung der *lex commissoria*.⁷⁾

2. Insofern die Wirksamkeit der Delegation von einer besondern Annahmeerklärung des Gläubigers abhängig gemacht wird, erblickt man in der Regel schon in der Klageerhebung desselben eine solche Erklärung.⁸⁾ Ebenso wird entschieden, dass die Uebernahme der persönlichen Haftung des Erwerbers eines Guts für die darauf einverleibten Schulden vom Gläubiger durch Klagserhebung angenommen werde.⁹⁾ Auch wo man die Giltigkeit der Verträge zu Gunsten Dritter von einer Annahmeerklärung seitens des Begünstigten abhängig macht, wird die Annahme durch Klageanstellung als genügend

³⁾ „Da die rechtliche Geltendmachung ein vollendetes Geschäft voraussetzte.“ Seuffert XXV, 99, München (1868). Ebenso G.U. XXIII, 10325 allerdings in einem Falle, wo dies m. E. nicht zutrifft.

⁴⁾ Vergl. fr. 66 de fideiuss. 46. 1. — Seuffert, Ratihabition S. 28 ff.

⁵⁾ Fr. 1 rat. rem hab. 46. 8; vergl. fr. 3, § 1 ibid.

⁶⁾ Fr. 4, § 2; fr. 7 de leg. comm. 18. 3; fr. 35 de min. XXV annis 4. 4. — Seuffert XXX, 198. Dresden 1873: „Weil der Dritte kein Interesse daran hat, dass die Genehmigung der Klageerhebung erfolgt sei.“

⁷⁾ Fr. 4, § 2 de leg. comm.

⁸⁾ C. 2 de pactis 2. 3. Unger in Jhering's Jahrbuch X, S. 90. Unger, Schuldübernahme S. 12. G.U. VII, 3537 (1869); VIII, 3741 (1870), XX, 8908 (1880), XXIII, 10780 (1885); Sächs. XXXVII, S. 18 (1871).

⁹⁾ Seuffert XXI München 1861. G.U. VII, 2953 (1867); 2965 (1868); XX, 8832 (1882); XXI, 9737 (1881). — Unger, Schuldübernahme S. 13.

erachtet. So hatte das O.A.G. München erklärt, die Verwandten des Verkäufers eines Grundstückes, zu deren Gunsten derselbe sich die Zahlung einer gewissen Summe vom Käufer ausbedungen hatte, hätten dieses Uebereinkommen durch Klagsanstellung ratifizirt.¹⁰⁾ Auch die Wirksamkeit der Vereinbarung des Passivenübergangs auf den Uebernehmer der Firma wurde damit begründet, dass der Gläubiger durch Klagsanstellung die Vereinbarung genehmige.¹¹⁾

3. Auch die Erklärung über das Wahlrecht kann in der Klage abgegeben werden, und zwar sowohl über das durch das Gesetz der Partei gewährte, zum Beispiel das dem Käufer in Art. 355¹²⁾ und 356¹³⁾ H.G.B. eingeräumte, als auch das vertragsmässig von dem Gläubiger oder Schuldner ausbedungene Wahlrecht.¹⁴⁾ Die Versicherungsanstalt, welche die verfallene Prämie einklagt, verzichtet auf die Geltendmachung der für den Fall einer nicht rechtzeitigen Prämienentrichtung vereinbarten Verwirkungsklausel: durch Einklagung der Prämie erkläre die Anstalt, dass sie den Vertrag aufrecht erhalten wolle.¹⁵⁾

4. Folgende Fälle gerichtlicher Aeusserungen, die als dem andern Theile gegenüber abgegebene Willenserklärung behandelt wurden, seien noch erwähnt: Der Wiener Oberste Gerichtshof erkannte, in der mehrmaligen Erstreckung der über eine Klage angeordneten Tagfahrt liege die Erklärung des Verzichts auf die aktorische Kautio.¹⁶⁾ Das Reichsgericht fand darin, dass der Kläger in den Vorinstanzen die Zulässigkeit der vom Beklagten eingewendeten Kompensation nicht bestritt, die Einwilligung in dieselbe.¹⁷⁾ Das O.L.G. Hamburg gestattete sogar dem Verkäufer einer Waare, sich erst in der Klage darüber zu erklären, dass er den Beklagten

¹⁰⁾ Bl. f. R. A. XXV, 78 O.G.H. München 1859; ebenso in einem ganz ähnlichen Falle, Dalloz 53, I, 162: der procès actuel (der in Schwebe befindliche Prozess wegen Entrichtung der zu Gunsten des Klägers zwischen dem Käufer und Verkäufer vereinbarten Zahlung) als Annahme der stipulation nach Art. 1121 C. N. Vergl. auch Gareis Verträge zu Gunsten Dritter S. 153 ff.

¹¹⁾ Busch XIII, 12. Nürnberg 1866.

¹²⁾ Seuffert XXXI, 26. Celle.

¹³⁾ Busch XXXIV, 309. München 1875; vergl. Unger II, S. 536.

¹⁴⁾ Fr. 112 pr. de V.O. 45. 1. Unger II, S. 537. — Berl. O.T. XXXIV, 33 (1856). Wahl in der Einrede? Unger ibid., Seuffert XXXI, 26 Celle.

¹⁵⁾ Dalloz 87, I, 422 (1887).

¹⁶⁾ G.U. XI, 5068 (1873).

¹⁷⁾ R.G. XIII, 176 (1885).

und nicht seinen Agenten am Wohnorte des Beklagten als Käufer der Waare betrachte.¹⁸⁾ In dem Vorschützen der Kompensationseinrede wurde die Kündigung der betreffenden Forderung erblickt.¹⁹⁾ Nach einer französischen Entscheidung ist es eine acceptation der Zession durch den Schuldner, wenn derselbe, nachdem der Zessionar bei der Meistbotvertheilung die zedirte Forderung angemeldet hatte, zur Erhebung seiner Einwendung aufgefordert, dies zu thun unterlässt, und so die Auszahlung der Schuld an den Zessionar veranlasst.²⁰⁾ Als Annahme der Delegation gilt die Anmeldung bei der Meistbietsvertheilung,²¹⁾ nicht aber die Anmeldung beim Enregistrement.²²⁾ Zur Genehmigung eines nichtigen Testaments wurde das durch die Erben des Anfechtungsberechtigten bei der Inventuraufnahme in Gegenwart des Universalvermächtnissnehmers gestellte Begehren um Versteigerung und Theilung der Verlassenschaft für genügend erachtet.²³⁾

Einen verwandten Fall entschied der Pariser Kassationshof. Ein Miether erklärte dem Vermiether mittels eines aussergerichtlichen Aktes, einer Signification, dass er den Zins nicht bezahlen könne und dass er die Wohnung drei Monate vor Ablauf der Miethzeit räumen werde: der Vermiether möge sich wegen des rückständigen Zinses und des Zinses, der zur Zeit der Vertragsauflösung rückständig sein werde, vorsehen. Hierauf liess der Vermiether den Miether wegen rückständigen Zinses pfänden. Daraus wird geschlossen qu'il avait été convenu entre les parties, que le bail a loyer sera résilié et cessera le 24 juin 1860. Durch nachträgliche Anbietung des rückständigen Miethzinses wurde diese Resiliation auch nicht aufgehoben.²⁴⁾

Diese Willensäusserung durch Klaganstellung ist allerdings nach vielen Richtungen hin singulär. Namentlich muss betont werden, dass die Wirksamkeit dieser Art der Willenserklärung keineswegs eine allgemeine, sondern auf eine kleine Anzahl spezieller Fälle eingeschränkt ist: Annahme einseitig belastender Erklärungen, welche

¹⁸⁾ Seuffert XL, 123, O.L.G. Hamburg 1885.

¹⁹⁾ Seuffert XLII, 104 O.L.G. Kiel 1883.

²⁰⁾ Dalloz 79, II, 71. Poitiers 1878.

²¹⁾ Dalloz 65, I, 123.

²²⁾ Dalloz 52, II, 27. Agen 1858.

²³⁾ Dalloz 63, II, 53. Dijon.

²⁴⁾ Dalloz 62, I, 365.

nach der richtigen Ansicht einer Annahmeerklärung gar nicht bedürfen, die Anstellung der Wahl bei alternativen Erklärungen. Nicht aber könnte der Antrag, etwa eine Partie Weizen um einen bestimmten Preis zu kaufen, durch Anstellung der Klage auf Lieferung der Waare angenommen werden. Doch muss man daran festhalten, dass die Willenserklärung durch Klageanstellung oder einen andern gerichtlichen Akt, insofern sie überhaupt als Willenserklärung gelten kann, jedenfalls eine dem andern Theile gegenüber und zu dem Zwecke, um als rechtsverbindliche Willenserklärung zu gelten, vorgenommene Handlung ist.

II. Der zweite hierher gehörige Fall betrifft Erklärungen, welche auf eine Urkunde gesetzt werden, die dazu bestimmt ist, einer Person vorgewiesen zu werden. Solche Erklärungen gelten als dieser Person gegenüber abgegeben: so ist namentlich der durch Durchstreichung²⁵⁾ oder Zerreißen²⁶⁾ des Schuldscheins ausgedrückte Erlass der Schuld dem Schuldner gegenüber wirksam, wenn derselbe auch nicht zugegen war und sonst hiervon nicht in verbindlicher Weise verständigt wurde. Entscheidend ist der Umstand, dass der Schuldschein dazu bestimmt ist, dem Schuldner bei Berichtigung der Schuld ausgefolgt zu werden, und jede auf den Schuldschein gesetzte Erklärung daher mindestens mit demselben Rechte als dem Schuldner gegenüber abgegeben gelten kann, wie jene, welche auf die Post aufgegeben wurde. Wäre der Erlass in einem in die Schublade eingeschlossenen Schriftstück ausgesprochen, so würde ihm kaum jemand irgend welche rechtliche Bedeutung beimessen. So erklärt es sich auch, dass der österreichische Oberste Gerichtshof in der Durchstreichung des Giro auf einem Wechsel, allerdings in Verbindung damit, dass der Wechsel bei der Konkursmasse nicht angemeldet wurde, die Annahme des angebotenen Akordes erblickte.²⁷⁾

In einem von dem A.S. Mannheim entschiedenen Falle handelte es sich um den Agenten einer Versicherungsanstalt, welcher zum Zwecke der Einkassirung der Prämien Quittungen erhielt, die er, wenn die Prämie bezahlt wurde, mit dem Quittungsstempel versah und den Parteien ausfolgte, sonst aber der Anstalt zurückstellen

²⁵⁾ Fr. 24 de prob. 22. 3.

²⁶⁾ Dalloz 52, II, 192.

²⁷⁾ G.U. IV, 1475 (1862).

musste. Hat nun der Agent von der Anstalt die Quittung über die Prämie für seine eigene Versicherung erhalten, mit welcher ihn die Anstalt in ihren Büchern belastete, so liegt in Unterschreibung der Quittung eine giltige Erklärung, dass es bei seiner Versicherung sein Bewenden habe.²⁸⁾ Der Agent weiss, dass er in Folge des zwischen ihm und der Anstalt bestehenden Verhältnisses verpflichtet ist, die Quittung zurückzustellen, falls er seine Versicherung auflösen will: die Unterschreibung der Quittung ist also eine der Anstalt gegenüber abgegebene Erklärung des Inhalts, dass er die Quittung behalten wolle.

Doch muss betont werden, dass der Gedanke, die auf eine über ein Geschäft aufgenommene Urkunde gesetzte Erklärung gelte stets als der Partei gegenüber geschehen, in deren Hände die Urkunde kommen soll, keineswegs überall durchgreift; es scheint vielmehr auch die Erwägung mitzuspielen, dass die Urkunde, die über ein Geschäft aufgenommen wird, gewissermaassen die Verkörperung des Geschäftes ist, das also eine Handlung, welche die Urkunde trifft, eine auf die Urkunde gesetzte Widerrufserklärung (Durchstreichen, Zerreißen etc.) oder eine Annahmeerklärung, das in der Urkunde objektivierte Geschäft auch dann trifft, wenn es an einer subjektiven Beziehung zu dem andern Theile, an einer Erklärung dem andern Theile gegenüber fehlt. Dergleichen die Urkunde betreffende Erklärungen haben daher eine stärkere Wirkung als andere Willenserklärungen: sie wirken auch dann, wenn sie nicht dem andern Theile gegenüber geschehen, aber nur deswegen, weil, und nur insofern, als sie sich auf das in der Urkunde verkörperte Geschäft beziehen. Damit hängt es zusammen, dass ein Testament durch absichtliche Zerstörung der Testamentsurkunde ohne jede Förmlichkeit, nicht aber durch eine andere formlose Erklärung widerrufen werden kann. Dieses ist aber auch der einzige Fall, in dem dieser Gedanke unzweifelhaften Ausdruck erhielt; derselbe gehört jedoch, da er sich auf eine Willenserklärung *mortis causa* bezieht, nicht zum Gegenstande dieser Abhandlung. Er kann daher hier nur andeutungsweise berührt werden.

Aus ähnlichen Gründen wie die in einer Urkunde verkörperte kann auch eine in die Handelsbücher eingetragene Erklärung als der andern Parteien gegenüber abgegeben gelten, wenn die Handels-

²⁸⁾ Busch XXXIX, 271 A.S. Mannheim 1878.

bücher ein instrumentum commune des Erklärenden und dessen Mitkontrahenten sind. So wurde entschieden, dass die von einem Handelsgesellschafter zu Lasten seines Kompagnons im Widerspruche mit dem Gesellschaftsvertrage mehrere Jahre hindurch erfolgte Buchung der Zinsen von dem letzteren genehmigt worden ist: „Dieser wurde damit von der Absicht des Verklagten, den Vertrag insoweit modifiziren zu wollen, in Kenntniss gesetzt. Hat er sich hierauf Jahre lang (sieben Jahre hindurch) bei der Buchung beruhigt, so vertritt dies Stillschweigen die Stelle der Einwilligung in die Abänderung.“²⁹⁾

Vielleicht in einem entfernten Zusammenhange mit dieser Auffassung steht eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts, welche eine im Sinne des Art. 37 Abs. 2 H.G.B. fingirte Eintragung in die Handelsbücher, aus der sich die Annahme einer Offerte ergab, als dem Offerenten gegenüber verbindlich anerkannte. Als bewiesen wurde angenommen der Empfang der libellirten Waare sammt Faktura und der Umstand, dass dem Kläger die libellirten Preise in den Büchern gutgeschrieben worden sind. „Wenngleich nun daraus, dass der Käufer gegen die Richtigkeit der Preisnotirungen in den mit den Waaren übersandten Fakturen keinen Widerspruch erhebt, nicht an sich und unter allen Umständen auf sein Einverständniss mit den Preisnotirungen geschlossen werden kann, so erscheint dies doch unter Berücksichtigung der Handelssitte unter Umständen zulässig. Als in dieser Richtung maassgebend erscheint gerade die Kreditirung des Verkäufers mit den angegebenen Preisen in den Handelsbüchern des Käufers. Dies kann nicht etwa aus dem Grunde bestritten werden, weil die Einträge eine in dem innern Geschäftsbetriebe des Buchführenden und nicht gegenüber dem andern Kontrahenten vorgenommene Handlung seien, dass es daher sowohl an der Absicht, sich zu verpflichten, als auch an der dem andern Kontrahenten gegenüber abgegebenen Erklärung dieser Absicht gebreche und dass der Eintragung vom Buchführenden durch eine entgegengesetzte Eintragung ihre Bedeutung wieder entzogen werden könne, — denn die Eintragungen in die Handelsbücher sind nicht willkürlich Parteeinträge, welche ebensowohl unterbleiben könnten, und über deren Vornahme lediglich das subjektive Ermessen des Buchführenden entscheiden könne. Der Kaufmann ist vielmehr durch Gesetz und Sitte

²⁹⁾ Kierulff IV, 25. (1868 Hamburger Sache).

verpflichtet, Bücher zu führen und in dieselben alle aus Handelsgeschäften sich ergebenden Schuldverhältnisse einzutragen. Allerdings kommen irrthümliche sowie blos vorläufige Eintragungen vor — ist dies aber nicht der Fall, so ist durch die Eintragung der Preise ins Kredit des Verkäufers dokumentirt, dass die Preise diejenigen seien, welche der Verkäufer aus dem Geschäfte zu fordern hat, sei es, dass dieselben als ausdrücklich vereinbarte, sei es, dass sie als handelsüblich aufgefasst wurden.“³⁰⁾

Auch der Pariser Kassationshof beurtheilte die Eintragungen der Handelsbücher in ähnlicher Weise. Eine nachträglich in Konkurs gerathene Firma zedirte ihre Forderung an einen Schuldner des *debitor cessus*. Diesem wurde die Zession zwar nicht in aller Form Rechtens denunzirt, trotzdem hatte er aber davon erfahren, schrieb infolge dessen dem Zessionar den Betrag gut und belastete damit den Zedenten. Es wurde entschieden, dass dadurch die Zession thatsächlich ausgeführt wurde (*a reçu son execution*), was vom Gesetze einer förmlichen Denunziation gleichgestellt wird. Die Klage des Masseverwalters der Firma, welche die Forderung zedirt hatte, wurde daher abgewiesen.³¹⁾

Hiemit dürfte die Grenze dessen erreicht sein, was noch als ausdrückliche Erklärung betrachtet werden kann. In dem letztgenannten Falle kann von einer Erklärung dem andern Theile gegenüber kaum noch die Rede sein, wohl aber spielen andere Momente hinüber, deren Betrachtung theils nicht in diese Schrift, theils nicht an diese Stelle gehört. Das Reichsoberhandelsgericht macht in erster Linie den halböffentlichen Charakter der Handelsbücher geltend, und auch der französischen Entscheidung scheint ein ähnlicher Gedanke vorschwebt zu haben. Die öffentliche Willenserklärung, Willenserklärung an die Oeffentlichkeit, sie mag durch eine öffentliche Kundmachung oder an eine Behörde erfolgen, wird von besonderen Normen beherrscht, die eine besondere Darstellung erfordern würden. Es liegt kein Anlass vor, hierauf an dieser Stelle einzugehen, da die öffentliche Willenserklärung nie als stillschweigende Willenserklärung aufgefasst worden ist.

³⁰⁾ R.O.H.G. XIII, 340 (1874).

³¹⁾ Dalloz 64, I, 190; bis zur förmlichen Denunziation oder Annahme der Zession durch den Schuldner mittels öffentlicher Urkunde ist dieselbe dem Gläubiger des Schuldners gegenüber unwirksam. Zachariae Bd. II, S. 496.

3. Ergebniss.

In allen bisher erörterten Fällen der Willenserklärung (mit Ausnahme der letzterwähnten) lag Folgendes vor:

1. Insofern es sich um Verträge handelte, haben stets Handlungen stattgefunden, die dem andern Kontrahenten gegenüber vorgenommen wurden, d. h. die entweder in Gegenwart des andern Kontrahenten oder mit Benutzung einer Veranstaltung vor sich gingen, die bestimmt war, sie zur Kenntniss des andern Kontrahenten zu bringen (Post, Bote etc.);

2. Ausnahmslos lagen Handlungen vor, die zu dem Zwecke vorgenommen wurden, um als Ausdruck des rechtsgeschäftlichen Willens zu dienen, wenn sie auch überdies die Erfüllung einer gleichzeitig oder früher übernommenen Verbindlichkeit enthalten mochten.

Bei diesen Willenserklärungen wurden häufig als „stillschweigende“ Willenserklärungen bezeichnet:

1. der Sinn einer in Worte gefassten Willenserklärung in folgenden Fällen:

a) wenn er überhaupt durch tieferes Eingehen auf die Intention der Parteien,

b) wenn er durch Verwerthung anderweitiger Indizien des innern Willens, abgesehen von der Erklärung selbst,

c) wenn er durch Verwerthung der Usance ermittelt wurde,

d) und endlich, wenn er vermittels juristischer Konstruktion in die Willenserklärung hineininterpretirt worden ist.

2. In einem andern Sinne wird eine stillschweigende Willenserklärung genannt jede nicht in Worte gefasste Willenserklärung, sie mag im Uebrigen erfolgen:

a) durch mimische oder symbolische Handlungen,

b) überhaupt durch das Verhalten und ganze Gehaben einer Person, das einerseits die Ueberzeugung der Anwesenden veranlasste, die Person wolle ein Rechtsgeschäft abschliessen und dessen Zweck es andererseits war, diese Ueberzeugung hervorzurufen,

c) durch Erfüllungshandlungen.

Es wurde aber überall gezeigt, dass der Ausdruck „stillschweigende Willenserklärung“ in allen diesen Bedeutungen weder einen technischen noch einen konsequent festgehaltenen Sinn hat, und dass alle diese „stillschweigenden Willenserklärungen“ durchaus

unter der Herrschaft derselben [Normen stehen, wie die Willenserklärung, die in jeden Zweifel ausschliessende Worte gefasst ist, so dass von gar keinem Standpunkte aus ein Anlass vorliegt, die „stillschweigende Willenserklärung“ in einer der obenerwähnten Bedeutungen zu einem besondern Rechtsinstitute zu stempeln.

Dagegen wäre es durchaus gerechtfertigt, alle Handlungen, die den oben formulirten allgemeinen Erfordernissen entsprechen, die nämlich, insofern Verträge in Betracht kommen, dem andern Theile gegenüber, und die zu dem Zwecke vorgenommen wurden, um als Ausdruck des Geschäftswillens zu dienen, zu einer Gruppe zusammen zu fassen und sie allein im Gegensatze zu anderen Handlungen, die rechtsgeschäftlichen Charakter haben mögen, als ausdrückliche Willenserklärungen zu bezeichnen, wie dies neuerdings von Bekker vorgeschlagen wird.

II. Realabschluss der Verträge.

1. Realabschluss durch Erfüllungshandlungen.

Es wurde schon oben darauf hingewiesen, dass eine Vertrags-offerte, die zugleich eine Aufforderung zum Handeln enthält, durch Ausführung jener Handlung angenommen wird, zu welcher der Oblat aufgefordert wird. Darin liegt keine Besonderheit. Die Ausführung der Handlung, zu welcher der Oblat aufgefordert wurde, die Effektivierung der Bestellung etc. geschah stets dem andern Theile gegenüber, und da sie jedenfalls auch zu dem Zwecke vorgenommen wird, damit der andere Theil daraus die Annahme der Offerte entnehme, so entspricht eine Erklärung dieser Art durchaus den Erfordernissen der ausdrücklichen Willenserklärung.

Es kommt jedoch nicht selten vor, dass ein solcher Antrag zugleich die Aufforderung zu einer Handlung enthält, die nicht dem Offerenten gegenüber geschehen soll: ein solcher Antrag ist, um den häufigsten Fall zu nennen, die Ertheilung einer Verkaufskommission. Es zweifelt kaum jemand daran, dass durch eine Ausführungshandlung der Antrag angenommen wird, der offerirte Mandats- oder Dienstvertrag zu Stande kommt.¹⁾ Die Quellen

¹⁾ Mitteis, Stellvertretung S. 186, Note 203 nimmt mit dem dortselbst Zitierten an, die Vollmacht sei ein einseitiges Geschäft. Aus der dem Buche zu

erwähnen namentlich des Kreditmandates: der Mandatar, welcher infolge eines solchen einem Dritten Kredit ertheilt²⁾ oder Bürgschaft leistet,³⁾ nimmt dasselbe an. „Hat der Beklagte im Auftrage der Wittwe C. Geld wirklich entlehnt, so hat er durch Vollzug des Mandats die Annahme wirklich erklärt.“⁴⁾ Beim alternativen Mandat gilt derjenige der beiden Aufträge als angenommen, welcher in Vollzug gesetzt wurde.⁵⁾ Dass auch der Antrag zu einer locatio conductio operarum oder operis in dieser Weise angenommen werden kann, ist ohne Weiteres klar.

Ebenso wird ein ungiltiges Geschäft genehmigt durch Erfüllung der darin Dritten gegenüber übernommenen Verpflichtungen nach Wegfall des Ungiltigkeitsgrundes, so z. B. die zu Lebzeiten des Erblassers vorgenommene, daher ungiltige Erbtheilung durch Bezahlung der hiebei übernommenen Erbschaftsschulden.⁶⁾

Sehr charakteristisch hierfür ist folgendes Beispiel: die Eigenthümerin eines verpachteten Gutes liess dasselbe öffentlich versteigern. In dem der Feilbietung zu Grunde liegenden Notariatsakte behielt sie sich vor, dass der Ersterer einen Theil des Pachtschillings, den ihm der Pächter bezahlen werde, ihr zu entrichten habe. Es wurde entschieden, dass der Erwerber des Gutes durch thatsächliche Entrichtung dieses Theils des Pachtschillings an die frühere Eigenthümerin den Pachtvertrag auch gegenüber dem Pächter anerkannt hatte.⁷⁾

Ebenso wird auch ein durch Verwirkung ausser Kraft getretener Vertrag aufrecht erhalten, wenn der Schuldner denselben erfüllt. Ein solches Verhältniss lag dem Pariser Kassationshof vor. Der Gesellschafter einer Firma übernahm nach deren Auflösung mit dem Vermögen derselben und gegen die Zusage des andern Kontrahenten, ihm binnen 14 Tagen 4000 Francs zu leisten, auch die Ver-

Grunde liegenden Auffassung ergibt sich, dass dies auf den Auftrag nicht bezogen werden kann, dieses ist übrigens selbstverständlich.

²⁾ Fr. 62, § 1 mand 17. 1; darin liegt jedoch nur die Akzeption des Mandats nicht etwa der stets einseitigen Vollmacht; Hellmann, Stellvertret. S. 110.

³⁾ C. 7 mand. 4. 35.

⁴⁾ Seuffert VIII, 254 O.A.G. Mannheim 1854; vergl. hiezu Art. 1985 C.N.

⁵⁾ Analog Dalloz 54, V, 127. Lyon 1851.

⁶⁾ Dalloz 69, II, 114; Weisnach, Arch. f. civ. Pr. LXXII, S. 325: „Auf Anfechtung (des Schiedsvertrages) können die Parteien verzichten, nach dem Gutachten oder vorher, ausdrücklich oder stillschweigend.“ Zitirt werden hiezu in der Note die Worte: „commencement d'exécution“ aus dem Art. 1338 C. civ.

⁷⁾ Puchelt I, 14 Gent 1870.

pflichtung, die Gesellschaftsschulden zu bezahlen. Da die 4000 Francs jedoch nicht berichtet wurden, wollte er vom Vertrage zurücktreten. Daraus aber, dass er nach Ablauf der 14 Tage noch Zahlungen leistete, die ihm nach dem Vertrage oblagen, wurde geschlossen, dass er auf das Rücktrittsrecht verzichtete.⁸⁾

Die in den Quellen erwähnte Auflösung der Gesellschaft durch *separatim agere* gehört ebenfalls hierher. Der Gesellschafter bemerkt, dass der Andere seiner Wege geht, betrachtet dies als Antrag auf Auflösung des Verhältnisses und nimmt denselben an, indem er ebenfalls seiner Wege geht.⁹⁾ Ob das *separatim agere* des erstern ein Antrag war, ob es dem andern Theile gegenüber und zu dem Zwecke geschah, damit der andere Kontrahent ebenfalls das Verhältniss als aufgelöst betrachte, mochte an sich zweifelhaft sein, aber der erstere lässt es als Antrag gelten, indem er das dementsprechende Verhalten des andern Kontrahenten als Annahme des Antrags gelten lässt.¹⁰⁾

Diese Fälle können nicht mehr als ausdrückliche Willenserklärungen aufgefasst werden. Wohl mag der Oblat sich dessen bewusst sein, dass der andere Theil die Ausführung des offerirten Vertrages als Annahme auffassen wird, und er mag auch die Ausführung, nur deswegen vornehmen, ohne den Antrag vorläufig angenommen zu haben, weil er überzeugt ist, dass diese Ausführung eben die Annahme ersetzt — also zu dem Zwecke, damit der andere Theil daraus seinen Annahmewillen entnehmen könne: aber er nimmt sie nicht dem andern Theile gegenüber vor, und es fehlt mithin ein wesentliches Merkmal der ausdrücklichen Willenserklärung.¹¹⁾ Es wird von verschiedenen Seiten hervorgehoben, dass eine solche Erklärung nur dort vorkommen kann, wo der Offerent im vorhinein ausdrücklich oder stillschweigend d. h. usancemässig oder nach seinem durch Interpretation ermittelten Willen erklärt hat, dass sofortiges Handeln Annahme sein solle¹²⁾. Dies kann jedenfalls nicht für jene Fälle gelten, wo es sich um Ge-

⁸⁾ Dalloz 86, I, 119 (1885).

⁹⁾ Fr. 64 pro socio 17. 2.

¹⁰⁾ Vergl. oben S. 24 ff.

¹¹⁾ Vergl. darüber die Bemerkung Unger's in der Grünhut'schen Zeitschrift Bd. XV, S. 532; Bekker, System Bd. II, § 95, Beilage III und § 96, Beilage IV c. Dahn in der Goldschmidt'schen Zeitschr. IX, S. 506. Regelsberger, Zivilrechtliche Erörterungen, Heft I, S. 72.

¹²⁾ Vergl. Karlowa, Das Rechtsgeschäft S. 31.

nehmung eines ungiltigen oder verwirkten Geschäfts, Auflösung eines Gesellschaftsverhältnisses handelt. Man könnte vielleicht viel eher annehmen, dass in Wahrheit diese Art der Annahme überall eintreten kann, mit Ausnahme jener Fälle, wo sie nach dem Willen der Kontrahenten ausgeschlossen erscheint.

2. Realabschluss durch Aneignungshandlungen.

In folgenden Fällen werden in Handlungen, die nicht der anderen Partei gegenüber, und zum grössten Theile auch nicht zu dem Zwecke vorgenommen wurden, um als Willenserklärung zu gelten, eine „stillschweigende Willenserklärung“ erblickt:

1. Eine Offerte kann durch eine über die angebotene Sache getroffene Verfügung angenommen werden.

Schon in den Quellen finden wir eine Entscheidung, derzufolge derjenige, der feilgebotene Pferde zur Probe nimmt und sie dann zum Wettrennen benutzt, zwar nicht aus dem Kaufvertrage, wohl aber mit der *actio praescriptis verbis* auf Zahlung dessen, was *ex aequo et bono* für die Pferde gefordert werden darf, belangt werden kann, und zwar wohl in erster Linie auf Zahlung des bei den Unterhandlungen vom Verkäufer genannten Kaufpreises.¹⁾

¹⁾ Ueberwiegende Gründe scheinen mir dafür zu sprechen, dass sich in den fr. 20 pr. praescr. verb. 19, 5 nicht um einen Kauf auf Probe, sondern, wie Fitting Goldschmidt's Zeitschr. II, S. 231 ff. V, S. 102, N. 29 und neuerdings Hellmann kritisch. Vierteljahrschrift XXIII, S. 84 annehmen, um eine Kaufofferte handelt. Darauf deutet nicht blos das nächstfolgende fr. 20, § 1 cit., sondern auch die Wendungen *deinde emere nolueris* und *equos venales*, welches zum Kaufe ausgebotene Pferde bedeutet; — dass bei den Kaufsunterhandlungen über den Preis Einigung erzielt worden ist, ergibt sich daraus, dass sonst von einer *ex vendito actio* wohl nicht einmal die Rede hätte sein können. Unmöglich scheint es mir aber mit Bechmann, Kauf II, S. 235 ff. anzunehmen, dass die *a. praescr. verbis* auf Erstattung des Siegespreises gerichtet war; darauf deutet m. E. nichts. Vielmehr spricht alles dafür, dass die *a. praescr. verb.* so ziemlich auf dasselbe ging, worauf die *a. venditi* gegangen wäre, dass sie nämlich auf Erstattung des genannten Kaufpreises ging. Dies entspricht auch der Rolle, welche dieselbe bei den Innominatkontrakten spielte. Wohl mit Unrecht behauptet Bechmann a. a. O., dass Labeo die *actio venditi* gegeben habe. Dies ist in der Stelle nirgends gesagt und an sich nicht wahrscheinlich. Aber auch gegen die Annahme von Ryk, Schuldverhältnisse S. 181 die *a. praescr. verb.* die Klage sei gleichsam auf Erstattung des Miethwerthes der Pferde gegangen, scheint mir alles, dafür gar nichts zu sprechen. Vergl. auch Adler, Realkontrakt S. 81.

Ein verwandter Fall spielt in der modernen Rechtsprechung eine grosse Rolle: Wer Waaren als zum Kaufe angeboten²⁾ zugesandt erhält, nimmt die in der Zusendung an sich liegende Offerte eines Kaufvertrages an, wenn er über dieselben irgend welche Verfügung trifft, zu der er nur unter der Voraussetzung der Annahme der Offerte berechtigt ist. Ebenso wird entschieden, wenn der Versender hierbei infolge eines Irrthums angenommen haben sollte, die Waaren seien bestellt, und der Empfänger über sie verfügte.³⁾ Damit stimmt es überein, dass in Fällen, in welchen die Bestellung vom Versender behauptet, vom Empfänger geleugnet wird, die Gerichte die Frage der Bestellung für irrelevant erklären, da in der Zusendung der Waare schon eine Verkaufsofferte liege, die durch die Verfügung über die Waare angenommen worden sei.⁴⁾

Eine solche von den Gerichten als Annahme behandelte Verfügung ist insbesondere die Weiterveräusserung und der Verbrauch der Waare,⁵⁾ unter Umständen auch der blosse Gebrauch, namentlich wenn er bleibende Spuren zurücklässt, wie die Zerstücklung und Zusammennietung der Riemen,⁶⁾ das Aufschneiden der Bücher,⁷⁾ das Scheren der Schafe,⁸⁾ Umfüllen des Weines,⁹⁾ Abziehen des Bieres in Flaschen.¹⁰⁾ Ja es giebt sogar, freilich nur vereinzelt dastehende Entscheidungen, die in der blossen Empfangnahme

²⁾ Namentlich gilt die Zusendung unbestellter Waare sammt Faktura als Verkaufsofferte; vergl. Sächs. XVI, 495 (1856); Arch. fr. W.R. XIII, 198. Dresden 1863; Busch I, 238. Dresden 1861; XIII, 287. J.F. Göttingen 1861; XXVI, 298. Nürnberg 1871; XVIII, 425. A.G. Zwickau 1869; Adler-Clemens III, 438 (1873).

³⁾ Vergl. R.O.H.G. III, 112 (1871); Sächs. XLII, 226 (1874); Dalloz 65, II, 125 (Bestellung durch einen hierzu nicht Ermächtigten; hiervon wird unten die Rede sein).

⁴⁾ Sächs. XVII, 149 (1865); Gruchot XVII, 241 O.T. Berl. 1872; Busch XXXIX A.G.; Zwickau 1870; vergl. Hanausek, Haftung I, S. 224; Busch XXVI. Nürnberg 1871.

⁵⁾ Ganz allgemein werden diese Sätze ausgesprochen: Goldschmidt XXIII, 527. Dresden 1869; Sächs. XVI, 459 (1856); XVII, 149 (1865); Arch. f. W.R. XII, 198. Dresden 1863; Busch XIII, 287. Eisenach 1865; Gruchot XVII, 241 ff. O.T. Berl. 1871; dagegen XI, 257. Berlin 1862.

⁶⁾ A.C. VII, 1072 (1885); VIII, 1336 (1887).

⁷⁾ Sächs. III, 234 (1853).

⁸⁾ Vergl. R.O.H.G. IX, 238 (1873).

⁹⁾ Busch XVIII, 425. A.G. Zwickau 1869; ebenso bei Öl: A.C. VIII, 1398 (1888).

¹⁰⁾ Vergl. Dalloz 65, II, 125.

und dem Behalten der Waare oder gar der Papiere, welche zur Disposition über die Waare berechtigen, eine Annahme der Offerte erblicken.¹¹⁾ So hat der Wiener Oberste Gerichtshof den Empfänger unbestellter Waaren zur Bezahlung derselben verurtheilt, da er sich durch Annahme des Frachtbriefes in die Disposition der Waare versetzt hat,¹²⁾ während sächsische Gerichte in dem Abholen der Waare von der Bahn eine solche Annahmehandlung sahen.¹³⁾

Noch leichter entschliesst man sich, einen Kaufabschluss anzunehmen, wenn es möglich ist, hiebei an einen andern Kaufvertrag anzuknüpfen, wenn es sich beispielsweise nicht um unbestellte Waaren, sondern bloß um Mehrsendungen bei bestellten Waaren handelt.¹⁴⁾ Bei rechtlich untheilbarer Waare macht es keinen Unterschied, ob sich die Verfügung auf die ganze Sendung oder auf einen Theil derselben bezog.¹⁵⁾ Bei theilbarer Waare kann dagegen die Verfügung über einen Theil nur die Annahme des Verkaufsangebotes in Betreff jenes Theils bedeuten, über welchen verfügt wurde.¹⁶⁾ Ob die Waare theilbar oder untheilbar ist, das ist im Wesentlichen Frage der Interpretation des Verkaufsangebotes.¹⁷⁾ Als Regel kann man betrachten, dass der Verbrauch einer Waare, welche einen Theil der in einer Fakturenpost verzeichneten Waare bildet, als Annahme der in dieser Post, nicht aber der in den andern Posten verzeichneten Waare behandelt werden könne.¹⁸⁾

¹¹⁾ R.O.H.G. III, 114 (1871).

¹²⁾ A.C. III, 438 (1873): vergl. A.C. III, 266 (1869); R.O.H.G. I, 149 (1870).

¹³⁾ Busch XXXIX. A.G. Zwickau 1877; vergl. Sächs. XLII, 226 (1874); dagegen Busch III, 394. O.A.G. Dresden (ohne Jahreszahl); vergl. auch A.C. VII, 1104 (1883); dagegen aber VIII, 1178 (1877); Goldschmidt XVII, 245 O.G. Wolfenbüttel 1869; Seuffert VIII, 36. Cassel 1851; XXIV, 66. Stuttgart 1860: der Zeitpunkt für die Ablehnung ist nicht gesetzt, doch darf dieselbe nicht so spät erfolgen, dass inzwischen die Waare für den Absender werthlos geworden sei. A.C. V, 834 beruht auf einer falschen Anwendung des Art. 347 H.G.B.

¹⁴⁾ Bayer, Zeitschr. XII, 233. Nürnberg 1865; A.C. II, 180 (1868), 234 (1869). Busch XII, 301. Berlin 1865; XIII, 298, Wolfenbüttel 1867; A.C. II, 180 (1868); IV, 639 (1875), V, 850. Anders wenn die Mehrsendungen sehr bedeutend waren: Busch VI, 132, Eisenach (Jahr?)

¹⁵⁾ Busch XXVI, 296. Nürnberg 1871; A.C. VII, 1478 (1884); anders Stadtgericht Berlin: Busch XI, 257 (1867).

¹⁶⁾ Bayer. Zeitschr. XII, 233. Nürnberg 1865.

¹⁷⁾ Bayer. Zeitschr. XII, 233. Nürnberg 1865; besonders aber: Busch XXVI, 296. Nürnberg 1871.

¹⁸⁾ Vergl. Busch XXVI, 296. Nürnberg 1871.

Folgende zwei Entscheidungen tragen einen verwandten Charakter und sollen hier erwähnt werden, obwohl sie sich nicht eigentlich auf zum Kaufe angebotene Waare beziehen: Derjenige, dem um einen bestimmten Preis die in einem Couvert verschlossene Mittheilung eines gewerblichen Geheimmittels angeboten wurde, nahm das Angebot durch Eröffnung des Couverts und Kenntnissnahme des Inhalts an, und wurde verurtheilt, den hierfür beanspruchten Preis zu bezahlen.¹⁹⁾ Ein Banquier erhielt von seinem mit ihm in laufender Rechnung stehenden Kunden Werthpapiere in derselben Weise, wie dieser ihm sonst ins Kontokorrente einzustellende Effekten zu übermitteln pflegte. Dieselben waren auch auf ihn indossirt. Als er in Konkurs verfiel, wurde die auf Rückstellung derselben in natura gerichtete Klage zurückgewiesen: att. qu'il n'avait pas à débattre les conditions d'une transaction qui lui était faite dans les termes accoutumés, att. que la retention des effets était une acceptation tacite, mais suffisante pour les faire entrer dans le compte courant.²⁰⁾

Seltener als beim Kaufe ist bei anderen Verträgen von einem Abschlusse durch Handlungen dieser Art die Rede. Es kommt aber immerhin vor, dass Hôtelzimmer von ständigen Gästen bezogen werden, ohne jede vorherige Vereinbarung mit der Hotelverwaltung und in Abwesenheit der zur Vermiethung derselben berechtigten Personen. Darin wird allgemein der Abschluss eines Miethvertrages erblickt. Noch häufiger dürften Miethverträge über Badekabinen so abgeschlossen werden. Der österreichische Oberste Gerichtshof hat einen derartigen Fall entschieden. „Dadurch, dass die Badeanstalt dem Gaste eine unter ihrer Sperre stehende Badekabine zur Benutzung verstattet und der Gast sie benutzt, kommt stillschweigend ein Vertrag zu Stande, mit welchem die Badeanstalt die Verantwortung dafür übernimmt, dass der dem Gaste gemiethete Ort seinem Zwecke entspricht.“ Daher ist die Anstalt auch für Entwendungen verantwortlich, die durch die mangelhafte Beschaffenheit der Kabine ermöglicht wurden.²¹⁾

In den Quellen wird angenommen, dass der Depositar, der von dem bei ihm hinterlegten Geld auf Grund einer ihm vom Deponenten ertheilten Erlaubniss Gebrauch macht, dadurch das Depositum

¹⁹⁾ Busch IX, 180. Kgl. Kreisgericht Burg, Preussen 1866.

²⁰⁾ Dalloz 58, II, 106. Rouen.

²¹⁾ G.U. VII, 3580 (1869); vergl. Regelsberger in Endemann's Handb. II, S. 429.

in ein Darlehen verwandle.²²⁾ Aber auch die Verbindlichkeit zur Bezahlung der ortsüblichen Zinsen wird begründet, wenn der Depositar das bei ihm erlegte Geld mit²³⁾ oder ohne²⁴⁾ Erlaubniss des Deponenten zu seinem Vortheile verwendet. Zur Annahme, dass es sich hier um gesetzliche Zinsen handle, finde ich keinen Anlass, wenn dem Depositar die Verwendung des Geldes bei der Hinterlegung gestattet worden ist.²⁵⁾ Vielmehr muss in der Verwendung des Geldes die Annahme der in der Gestattung liegenden Offerte erblickt werden.

Hierher gehört noch folgender Fall: Der Eigenthümer des mit der Dienstbarkeit des Weges belasteten Grundstückes liess den bisher benutzten Weg unfahrbar machen, legte aber gleichzeitig einen andern Weg an, welcher dem herrschenden Grundstück dieselben Vortheile, wie der frühere, bot. Derselbe wurde auch vom Eigenthümer des herrschenden Grundstückes benutzt. Das O.A.G. Dresden entschied, darin liege ein Austausch der Wegedienstbarkeiten. „Der Eigenthümer des herrschenden Grundstückes war, wenn schon vielleicht nicht verpflichtet, doch jedenfalls berechtigt, dieses Vorgehen seines Nachbars, welches der Natur der Sache nach von ihm nicht unbemerkt bleiben konnte, als ein an ihn gerichtetes Anerbieten des Inhalts aufzufassen, es möge künftighin die zu Gunsten seiner Parzelle anhaftende Servitut mit Benutzung des neu angelegten Weges, im Uebrigen aber auf eine dieses Gut möglichst wenig belastende Weise ausgeübt werden. Haben nun die Eigenthümer der herrschenden Parzelle von nun ab diesen neuen Weg benützt, so liegt darin zweifellos die stillschweigende Annahme dieses Anerbietens.“²⁶⁾

2. In derselben Weise wird auch entschieden, wo es sich um Fortsetzung oder Erneuerung eines früher eingegangenen und zum Abschlusse gebrachten Vertragsverhältnisses unter den frühern Bedingungen handelt. Naturgemäss tritt hier der Kaufvertrag in den Hintergrund

²²⁾ Fr. 1, § 34 dep. 16. 3; fr. 4 pr. fr. 10 de R.C. 12. 1; vergl. § 959 österr. B.G.B.

²³⁾ Fr. 29, § 1 dep. 16. 3.

²⁴⁾ C. 4 dep. 4. 34.

²⁵⁾ Fr. 29, § 1 cit.; vergl. hierüber Windscheid Bd. II, § 379, N. 2 und 6. Ich vermag dieses Fragment nur auf den Fall zu beziehen, dass gleichzeitig mit der Hinterlegung die Erlaubniss zum Gebrauche ertheilt wird. Gerade darauf scheint der Zusammenhang mit fr. 24 i. f. zu deuten; vergl. hierüber Kuntze, die Obligationen S. 135.

²⁶⁾ Sächs. XLVI, 58, 1877; dagegen Striethorst XXI, 320 (1856): ein derartiges Verhalten bedeute keine stillschweigende Einigung.

da er derjenige Vertrag ist, der am seltensten ein dauerndes Verhältniss zu begründen vermag. Immerhin kommt auch bei ihm derartiges vor. So werden von Kaufleuten an ihre Kunden Artikel des täglichen Bedarfes, namentlich Kohle, Nahrungsmittel, Brennmaterial, ebenso an Geschäftsleute die zur Weiterveräusserung oder zur Produktion nöthigen Waaren und andere Sachen auf Grund einer einmaligen Vereinbarung ins Haus geschickt und von den letztern ohne irgend welche Erklärung gegenüber einer zur Entgegennahme einer solchen ermächtigten Person in Gebrauch gesetzt, im Geschäfte verwendet, oder weiter veräussert. Es müssen dann die ein für alle Mal vereinbarten oder in Ermangelung einer Vereinbarung die bisher beanspruchten, endlich, wenn diese nicht konstant waren, die gangbaren, die Marktpreise gezahlt werden. Im übrigen gelten alle Bedingungen als vom frühern Vertrage auf diesen übertragen.

Ebenso kommt es vor, dass nach vollständiger Erfüllung eines Vertrages, welcher mehrere Lieferungen generisch bestimmter Sachen zum Gegenstande hatte, mit den Lieferungen und der Annahme derselben fortgefahren wird. Das Reichsgericht erkannte, dass die nach gänzlicher Erfüllung eines Vertrages über die Lieferung von Brettern fortgesetzten Lieferungen und Annahme derselben den Abschluss eines neuen Lieferungsvertrages im engsten Anschlusse an den frühern begründen, des Inhalts, dass mit der Lieferung von Brettern derselben Art zu demselben Preise so lange fortgefahren wird, bis der Empfänger widersprochen habe.²⁷⁾

Der typische und zugleich bekannteste Fall dieser Art ist aber die sogenannte stillschweigende Erneuerung des Mieth- und Pachtvertrages dadurch, dass der Miether oder Pächter die Benutzung der Sache fortsetzt und der Vermiether oder Verpächter es hierbei bewenden lässt. Dieser schon in der Quelle mehrmals erwähnte²⁸⁾ Fall wird wohl in allen modernen Gesetzbüchern in ähnlicher Weise geregelt, bis auf das preussische Landrecht, welches hierüber besondere Bestimmungen enthält.²⁹⁾

Ebenso wie die Mieth und Pacht, können auch andere Verträge erneuert werden durch Fortsetzung des durch den ursprünglichen Vertrag

²⁷⁾ Braun und Blum I, 165 (1880).

²⁸⁾ Fr. 13, § 11; fr. 14 loc. 19. 2; C. 16 loc. 4. 65.

²⁹⁾ § 325 u. 327 Th. I, Tit. 21 A.L.R.; vergl. aber Striethorst XC. 88 (1874).

begründeten dauernden Verhältnisses. Häufig nimmt man auch an, dass Realverträge so wie sonst Verträge, bei denen der Schuldner die geschuldeten Sachen in seinem Gewahrsam behält, dadurch verlängert werden, dass der Gläubiger nach Eintritt der Fälligkeit der Schuld dieselbe nicht als fällig behandelt, sondern jenes Verhältniss als fortbestehend betrachtet, welches bis zur Fälligkeit vorlag. Eine in dieser Weise erfolgte Erneuerung des *precarium* wird in den Quellen erwähnt.³⁰⁾ Dasselbe Verhältniss wird auch bei den mit einem bestimmten Fälligkeitstage abgeschlossenen Darlehen, der Hinterlegung, dem Trödelvertrage eintreten. Es handelt sich aber hier in Wirklichkeit nicht um einen neuen Vertrag, sondern um den Verzicht des Gläubigers auf die rechtzeitige Rückstellung, so sehr auch der Wortsinn des fr. 4, § 4 de prec. für die erstere Auffassung spricht.³¹⁾

3. Einen ähnlichen Charakter haben die Fälle, in denen es sich um die Frage der Annahme der passiven Delegation handelte: Dem Käufer einer vertretbaren Sache (Weizen) wurde vom Verkäufer ein Dritter als Lieferant angewiesen. Dieser verkaufte die Waare im Auftrage des Käufers weiter und kassirte den Kaufpreis ein. Kurze Zeit darauf verfiel er in Konkurs. Der Käufer klagte den ursprünglichen Verkäufer auf Lieferung, wurde jedoch abgewiesen, weil der Auftrag an den Delegaten, den Weizen weiter zu verkaufen, offenbar voraussetzte, dass er die Waare angenommen habe.³²⁾ Der Besteller einer Waare erhielt dieselbe von einer andern Firma, als diejenige, bei der er die Waare bestellt hat, sammt Faktura, in welcher die versendende Firma als Bestellungsempfängerin und Verkäuferin der Waare u. s. w. der Adressat als Käufer bezeichnet wurde. Da der letztere die Waare angenommen und behalten hat, so wurde er zur Bezahlung des Kaufpreises verurtheilt, ebenso wie wenn er wirklich mit dem Aussteller der Faktura gleich anfangs kontrahirt hätte.³³⁾ Das H.A.G. Nürnberg erklärt es sogar für gleichgiltig, dass der

³⁰⁾ Fr. 4, § 4 de prec. 43, 26: *rursus precario concedere*; vergl. auch fr. 10 ibidem.

³¹⁾ Nicht hierher gehört eine französische Entscheidung, welche sich auf die in den Statuten einer Brandschadenversicherungsgesellschaft aufgenommenen *tacite reconduction* der Versicherung durch unterlassene Kündigung der Versicherung bezieht: Die Versicherung muss hier als auf unbeschränkte Dauer eingegangen angesehen werden. *Dalloz* 54, V, 52 (1852).

³²⁾ *Seuffert* III, 47. Lübeck 1846.

³³⁾ *Sächs.* XLIII, 236 ff. (1875).

Empfänger etwa eine gleiche Waare durch einen Kommissionär bestellte und diese bezahlte: denn durch die vom Versender im eigenen Namen effektuirte Waarensendung ist keineswegs die Ausführung des Kommissionsgeschäfts zwischen dem ihm und dem Geklagten konstatirt.³⁴⁾ Noch charakteristischer ist folgende Entscheidung: „Darin dass der Verkäufer eines Gartens den vom Käufer bei einem Banquier erlegten Kaufschilling zum Theile behob, dass er die Zustimmung dahin gab, dass das Geld vom Banquier auf sein, des (Verkäufers) Konto übertragen werde, liegt die Annahme des Banquiers als Schuldner; der Verkäufer kann daher, nachdem der Banquier insolvent wurde, nicht mehr vom Käufer die Bezahlung der Schuld verlangen.“³⁵⁾

4. Endlich kommt die Auflösung des Vertrages durch *contrarius consensus* in dieser Weise zu Stande: so die Auflösung des Kaufs durch Rücksendung und Rücknahme der zurückgesendeten Waare. „Jeder Theil giebt ein zwar angesprochenes aber zur Zeit noch ungewisses Recht auf, der Verkäufer, dass der Käufer die Waare behalte und bezahle, der Käufer, dass der Verkäufer ihm andere Waare liefere. In Wahrheit schliesst also die Vertragsauflösung einen Vergleich ein. So wurde auch hier die Vertragsauflösung vermuthet, weil der Verkäufer, dem die Waare im Oktober zurückgeschickt wurde, bis zur Klagserhebung, welche im März des nächsten Jahres stand, stillgeschwiegen hat.“³⁶⁾ Die Erfordernisse sind hier weniger streng als sonst: das blosse Behalten der rückgesendeten Waare begründet schon die Annahme der Vertragsauflösung, offenbar mit Rücksicht darauf, dass die Sachen, um welche es sich handelt, nie aufgehört haben, Eigenthum des Rückempfängers zu sein, da der darüber abgeschlossene Vertrag nie recht eigentlich perfekt geworden ist. Umsomehr wird die Annahme einer Rücktrittsofferte in einer Verfügung des bisherigen Eigenthümers über den Gegenstand des Vertrages erblickt, z. B. darin, dass er nach der Rücktrittsanzeige die verkaufte Sache anderweitig verkauft.³⁷⁾

³⁴⁾ Busch XXII, 24. Nürnberg 1868; vergl. auch Busch XIX, 344. Lübeck 1869; Kierulff V, 568; Seuffert XXVI R.O.H.G. 1870.

³⁵⁾ Busch XIII, 279. Jena 1867.

³⁶⁾ Busch XIX, 145. H.G. Mannheim 1868; ebenso Busch V, 235. Dresden 1862; Busch XXV, 382. A.G. Eisenach 1871; Sächs. XXIII, 36 (1866).

³⁷⁾ Berl. O.T. XIV, 196 (1847).

Auch der einseitige Widerruf, welcher in dieser Weise vor sich geht, ist wirksam, insofern überhaupt dem einseitigen Widerruf eine rechtliche Bedeutung zukömmt; so gilt die Schenkung zwischen Ehegatten als widerrufen, wenn der Schenker das geschenkte Grundstück verpfändet³⁸⁾; auch die Vollmacht wird durch eine über die Sache, auf welche sie sich bezieht, getroffene Verfügung z. B. die Vollmacht, eine Sache zu verkaufen, durch anderweitige Veräusserung derselben, die Vollmacht des Güteradministrators durch Verkauf der Güter, widerrufen.

5. Viel häufiger als der Abschluss der Verträge kommt die Genehmigung ungiltiger Verträge durch derartige Handlungen vor. Der wegen Handlungsunfähigkeit eines der Vertragsschliessenden Theile ungiltige Vertrag wird als genehmigt angesehen, wenn derjenige, welcher zu dessen Anfechtung berechtigt wäre, über den Gegenstand desselben in rechtsgiltiger Weise eine Verfügung trifft, zu welcher er nur unter der Voraussetzung der Genehmigung berechtigt wäre. Der österr. Oberst. Gerichtshof entschied, dass der Minderjährige, welcher das von ihm während seiner Minderjährigkeit gekaufte Haus weiter verkauft, dadurch den Kauf als giltig anerkannt hat.³⁹⁾ Da nach französischem Rechte der Minderjährige mit Assistenz jener Personen, deren Consens zur Giltigkeit seiner Ehe erforderlich ist, auch giltige Ehepakte schliessen darf, so konvalidirt nach einer Entscheidung des Pariser Kassationshof die wegen Minderjährigkeit einer Betheiligten ungiltige Erbtheilung dadurch, dass die Minderjährige ein ihr hierbei zugefallenes Immobile sich mit Beistand ihrer Mutter als Mitgift bestellte.⁴⁰⁾⁴¹⁾ Eine andere Entscheidung erblickt die Genehmigung der wegen Handlungsunfähigkeit eines Betheiligten ungiltigen Erbtheilung darin, dass dieser Betheiligte die Untertheilung eines ihm zusammen mit einem andern Erben zugewiesenen Antheils durch bücherliche Aufzeichnung des gesetzlichen Pfandrechts für die ihm in Theilungsinstrumente ausgeworfene Summe anerkannte.⁴²⁾

³⁸⁾ C. 12 de don. i. v. et u. 5. 16.

³⁹⁾ G.U. XXI, 9351 (1883).

⁴⁰⁾ Dalloz 69, I, 186.

⁴¹⁾ Art. 1398 C. N. Le mineur habile à contracter mariage est habile à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible; et les conventions et donations qu'il y a fait sont valables, pourvu qu'il ait été assisté, dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage.

⁴²⁾ Dalloz 69, I, 119.

Die gültige Anerkennung eines zu Lebzeiten des Erblassers vorgenommenen *partage d'ascendant* seitens eines der Erben wurde darin erblickt, dass derselbe seinen Antheil mit Gewährleistung *de fait et de droit*⁴³⁾ oder ohne eine solche⁴⁴⁾ verkaufte, oder hypothekarisch belastete,⁴⁵⁾ oder einem Dritten zur Verwaltung desselben die Vollmacht ertheilte, in welcher das Datum und die Form der Erbtheilung ausdrücklich erwähnt wird.⁴⁶⁾

Ein interessante hierher gehörige Entscheidung fällt das Appellgericht Riom: es habe eine in Gütergemeinschaft lebende Ehefrau — die nach französischem Rechte wohl auf Todesfall, nicht aber unter Lebenden veräußern darf — den Verkauf eines Gutes in einer nach ihrem Tode wirksamen Weise genehmigt, indem sie den Kaufpreis einem Dritten vermachte, weil sie dadurch eben auf Todesfall erklärte, dass das Geschäft ausgeführt werden solle. Dies sei *une exécution volontaire et une ratification tacite de la vente*.⁴⁷⁾

6. Ebenso erscheint aber der Vertrag genehmigt, wenn der zu dessen Anfechtung berechnigte Dritte eine Verfügung über den Vertragsgegenstand trifft. So wurde vom O.A.G. Dresden in einem Falle, in welchem die Ehegattin Waare in eigenem Namen — nur diese unter den beiden in der Entscheidung vorausgesetzten Eventualitäten kommt in Betracht — bestellte und geliefert erhielt, angenommen, dass der Gatte die erforderliche eheherrliche Genehmigung dadurch ertheilte, dass er, nachdem er von den auf seine Ehefrau und Käuferin gestellten Preisnoten Kenntniss erlangte, die Waare nicht zurückschickte sondern als ihm geliefert behielt.⁴⁸⁾ Der von der Gattin ohne *autorisation maritale* abgeschlossene Miethvertrag wird vom Gatten genehmigt, wenn er nachträglich die Wohnung bezieht und dort wohnt.⁴⁹⁾

Endlich wird der von einem Dritten, Unberufenen, in eigenem oder fremdem Namen abgeschlossene Vertrag von dem zur An-

⁴³⁾ Dalloz 54, II, 216. Bastia.

⁴⁴⁾ Dalloz 48, II, 175 Nimes; 69, II, 114. Lyon 1868.

⁴⁵⁾ Dalloz 69, II, 114. Lyon 1868; Emerling 1856, S. 126.

⁴⁶⁾ Dalloz 57, II, 180 Riom, 76, I, 380.

⁴⁷⁾ Dalloz; anders entscheidet die Frage der Genehmigung der Verträge Handlungsunfähiger das preussische Landrecht § 37, Th. I, Tit. 5; vergl. Berl. O.T. XII, 335 (1845).

⁴⁸⁾ Sächs. XXII, 510 (1869).

⁴⁹⁾ Dalloz 73, II, 119 (singuläre Entscheidung, da nachträgliche Genehmigung durch den Gatten unzulässig ist); dagegen nicht der Fall: Arendts I, S. 57.

fechtung desselben Berechtigten genehmigt, wenn dieser über den Vertragsgegenstand oder einen aus dem Vertrage entspringenden Vortheil faktisch oder rechtlich verfügt. Hier kommen folgende Fälle in Betracht:

a) Vor allem wird in dieser Weise der von einem Dritten in eigenem Namen abgeschlossene Vertrag von demjenigen, in dessen Rechtssphäre er eingereift, genehmigt. Ein solcher Fall lag dem Pariser Kassationshof vor. Der Gatte hatte die Dotalgüter seiner Frau, welche sich das Recht über dieselben zu verfügen gewahrt hatte, ohne deren Zustimmung verkauft. Eine Genehmigung dieses Vertrages wurde daraus entnommen, dass beide Gatten die Forderung auf Bezahlung des von dem veräußernden Ehemanne vereinbarten Kaufpreises an einen Dritten abtraten.⁵⁰⁾ Die Ehefrau, welche die von ihrem Ehegatten gekaufte und von ihm in einen ihr gehörigen Lageraum transportirte Waare in ihrem Geschäfte verbrauchte, hat den von dem Ehemanne abgeschlossenen Kauf, dessen Bedingungen ihr in allen wesentlichen Punkten bekannt waren, stillschweigend aber in unzweideutiger Weise genehmigt und ist folgeweise verpflichtet, das Geschäft als in ihrem Namen abgeschlossen anzusehen, gleichviel ob der Ehemann vermöge ihres Auftrages oder als auftragsloser Geschäftsführer dabei gehandelt hat.⁵¹⁾

b) Viel häufiger und wichtiger ist der Fall einer derartigen Genehmigung des von einem Dritten ohne Vollmacht oder mit Ueberschreitung der Vollmacht abgeschlossenen Vertrages.⁵²⁾ Ein Fall ähnlicher Art wird in den Quellen erwähnt: Die Genehmigung des von einem negotiorum gestor begonnenen Prozesses durch Fortsetzung desselben.^{52a)} In der modernen Rechtsprechung kommen hierher gehörige Entscheidungen nicht selten vor. Der österr. Oberste Gerichtshof erkannte beispielsweise, dass der Beklagte, wenn er die von seinem Vater während seiner Minderjährigkeit für ihn bestellten Kleider annimmt und sie nach erreichter Volljährigkeit gebraucht, auch gegen die ihm zugeschickte Verkaufsrechnung nichts einwendet, den Kauf

A.O.G. München 1815, wo der Gatte vorgab, nur das *ius retentionis* durch Einziehen in's Haus auszuüben.

⁵⁰⁾ Dalloz 70, I, 332.

⁵¹⁾ Sächs. XXXV, 531 (R.O.H.G. 1870).

⁵²⁾ 144, I, 13; P.L.R., § 1016 B.G.B.

^{52a)} Fr. 5 rat. rem hab. 46. 8.

als für seine Rechnung geschehen genehmigt.⁵³⁾ Der Committent genehmigt die mit Ueberschreitung der gesetzten Preise vom Kommissionär gekaufte Waare, falls er über dieselbe verfügt, und zwar selbst dann, wenn er den Kauf als nicht für seine Rechnung geschehen rechtzeitig zurückwies.⁵⁴⁾

In einem vom Reichsoberhandelsgerichte entschiedenen Falle ertheilt der Gläubiger einem Dritten den Auftrag, Sachen des Schuldners in Besitz zu nehmen. Dieser führte den Auftrag in der Weise aus, dass er vom Schuldner mehrere hundert Schaafte kaufte. Obwohl nun der Gläubiger später behauptete, dass sein Auftrag bloss pfandweise Inbesitznahme betraf, wurde eine Genehmigung des Ankaufs seinerseits darin erblickt, dass er die Schaafte übernahm, scheeren, die Wolle und auch einen beträchtlichen Theil der Schaafte (hundert Stück) für seine Rechnung verkaufen liess.⁵⁵⁾

Als eine solche Genehmigung wurde es auch aufgefasst, dass derjenige, für welchen ein Dritter ohne Auftrag ein Grundstück ankaufte, den Wiederverkauf des Grundstückes durch denselben negotiorum gestor genehmigte.⁵⁶⁾ Der österr. Oberste Gerichtshof sah schon in dem einem Dritten ertheilten Auftrage, vom Kommissionär die ordrewidrig gekauften Aktien zu übernehmen eine Genehmigung der Ueberschreitung der Ordre.⁵⁷⁾

Eine Genehmigung dem Bevollmächtigten gegenüber hat man darin erblickt, dass die von diesem angeschaffte Waare, welche besser und theurer war, als sie nach Inhalt des Auftrages sein durfte, angenommen und behalten wurde.⁵⁸⁾

Dem Dritten gegenüber wird das auf Grund einer ungiltigen Vollmacht abgeschlossene Geschäft als genehmigt behandelt, wenn der dominus negotii sich einen Vortheil aus dem Geschäfte zueignet: so ein Darlehen, welches auf Grund einer nach österreichischem Rechte ungiltigen Vollmacht angenommen wurde, die nicht ausdrücklich auf Darlehen lautete (§ 1009 österr. A.B.G.B.⁵⁹⁾

⁵³⁾ A.C. II, 190 (1868); ähnlich A.C. VI, 1113 (1883); vergl. Berl. O.T. XIX, 230 (1850).

⁵⁴⁾ A.C. 1375 (1887).

⁵⁵⁾ R.O.H.G. IX, 238 (1873).

⁵⁶⁾ Striethorst XIII, 30 (1850).

⁵⁷⁾ A.C. IV, 530 (1874).

⁵⁸⁾ G.U. X, 4597 (1872).

⁵⁹⁾ G.U. II, 789 (1859).

7. Mit diesen Fällen nicht bloß äußerlich verwandt ist die Genehmigung der Erfüllung eines Vertrages durch eine über die als Erfüllung angebotene Leistung getroffene Verfügung. In erster Linie kommt hier in Betracht die Genehmigung der zur Erfüllung des Kaufvertrages eingesandten Waare durch eine solche Verfügung über dieselbe, zu welcher der Käufer nicht berechtigt ist, falls er den Vertrag nicht gelten lassen will. Eine derartige Verfügung wird manchmal schon in der blossen Dirigirung der Waare an einen anderen Ort als den der Ablieferung erblickt, wenn dies auch nur zu dem Zwecke geschieht, um sie dort zu untersuchen.⁶⁰⁾ In der Regel findet man sie in der wenn auch erst begonnenen gewerblichen Verarbeitung der Waare, namentlich einer solchen die bleibende Veränderungen zur Folge hat, wie das Abdämpfen des Tuches,⁶¹⁾ Einweichen der Häute;⁶²⁾ aber auch die gegen die ausdrückliche Vereinbarung erfolgte Inbetriebsetzung der Maschinen,⁶³⁾ das Ausleeren der Fässchen, in denen die Waare geschickt wurde,⁶⁴⁾ das Aufschneiden des Stoffes (Sarfinet),⁶⁵⁾ genügen hiezu, selbstverständlich auch der gänzliche Verbrauch der Waare.⁶⁶⁾ Handlungen dieser Art verpflichteten den Käufer, auch wenn er die Waare früher zur Disposition gestellt hat, den ganzen vereinbarten, nicht etwa bloss den dem Werth entsprechenden Preis zu bezahlen.⁶⁷⁾ Der Verarbeitung und dem Verbrauche steht ziemlich gleich die Veräusserung im Geschäfte.⁶⁸⁾ So wurde derjenige, der statt des bestellten Prima-Käses Secunda-

⁶⁰⁾ Striethorst LXXIV, 215 (1871); dagegen Busch VIII, 468. A.G. Naumburg (Jahr?), XXII, 4. Nürnberg 1868.

⁶¹⁾ R.O.H.G. X, 273 = Seuffert XXIX, 266; R.O.H.G. XII, 180 (1874).

⁶²⁾ Oldenb. Arch. VII, 180 (1860); Busch XXVIII, 398. L.O.H.G. Stuttgart 1872.

⁶³⁾ Sächs. XXX, 285 (1867).

⁶⁴⁾ Bayr. Zeitschr. XII, 222 Nürnberg 1865.

⁶⁵⁾ Busch XI, 339 Wiesbaden 1866.

⁶⁶⁾ Seuffert X, 255 Darmstadt 1856; R.G. 246 (1886); dagegen Striethorst LXIX, 329 (1868) = Seuffert XXV, 224 = Busch XVII, 275; Seuffert XLII, 133 R.G. 1886.

⁶⁷⁾ Busch III, 93. Kreisgericht Burg 1863; R.O.H.G. II, 60. Ganz allgemein wird dieser Satz ausgesprochen: Busch VI, 123 Justizamt Forder-Glauchau 1863; XXXIX, 220 A.G. Zwickau 1877; Seuffert VIII, 39 O.T. Stuttgart 1854; Sächs. N.E. II, 358 (1840).

⁶⁸⁾ Seuffert XLII, 241 R.G. 1886; R.O.H.G. VI, 331 (1872); Busch I, 541, Note ** Nürnberg 1863: ibid. Nürnberg 1865; III, 97 Comm. und Adm. Col. Danzig 1864; XIX, 302 O.G. Wolfenbüttel 1867; XXII, 339 Mannheim 1870;

Käse, anstatt französischen Champagners Rheinweinchampagner erhielt, verurtheilt, den beanspruchten Preis für Prima-Käse⁶⁹⁾ bzw. für französischen Champagner zu bezahlen,⁷⁰⁾ trotzdem er die Waare vor der Weiterveräußerung wegen Mängel zur Disposition gestellt hatte.⁷¹⁾ Ist aber die Waare theilbar, so bedeutet der Verbrauch eines Theiles nicht die Genehmigung der ganzen Sendung sondern bloss des verbrauchten Theiles,⁷²⁾ es sei denn, dass der verbrauchte Theil im Verhältniss zum Ganzen sehr gross wäre,⁷³⁾ dass die Waare nach der auch für den Empfänger erkennbaren Absicht des Versenders als untheilbar zum Verkaufe angeboten wurde.^{73a)}

Es ist auch nichts als eine Anwendung dieser Grundsätze, wenn das Reichsoberhandelsgericht den Beklagten, welchem eine schwerere und werthvollere Maschine als vereinbart war, geliefert worden ist, und der aus der ihm gleichzeitig übermittelten Rechnung ersehen musste, dass sich auch der Preis hierfür höher stellte, zur Bezahlung des Preises nach dem vollen Gewichte verurtheilte, da er „den Kläger mit der Lieferung und Aufstellung der schwereren, vermuthlich auch werthvolleren und dauerhafteren Maschine vorgehen liess, ohne denselben davon zeitlich zu benachrichtigen, dass er beabsichtige, die von jenem manifestirte Voraussetzung der Zahlungserlangung für das wirkliche Gesamtgewicht zu bestreiten. Indem der Beklagte, so wie angegeben, verfuhr, liess er sich die Lieferung auf der modifizirten Grundlage gefallen.“⁷⁴⁾ Es wurde eben ein aliud pro alio geliefert und dies,

XXV, 7 Nürnberg 1869; XXV, 384 Eisenach 1870; XXVI, 320 Nürnberg 1870; Goldschmidt XVII, 271 Berlin 1870; XXIV, 299 Nürnberg 1875; Striethorst LXXVI, 237 (1869); Preuss. Zeitschrift III, 782; A.C. VII, 1184 (1884); dagegen Busch VII, 248 Berlin 1865.

⁶⁹⁾ Busch I, 541 Nürnberg 1863. Der Käse wurde sogar als Sekunda-Käse von dem Käufer weiter veräußert.

⁷⁰⁾ Busch III, 97 Comm. und Adm. Colleg Danzig 1864.

⁷¹⁾ Vergl. hierüber auch Fick im Archiv f. W.R. Bd. VIII, S. 30 ff.

⁷²⁾ Seuffert V, 121 Kiel 1846; XVIII, 127 Dresden 1864; XXV, 56 Oldenburg 1870; Busch III, 394 Dresden 1862; IV, 452 Stadtg. Frankfurt a. M. 1863; XI, 257 Berlin 1867; XVIII, 463 Stuttgart 1860; Sächs. XXV, 123 (1873); Ackermann XVII, 154 A.G. Dresden 1863.

⁷³⁾ Braun u. Blum IV, 410 (1881) = Seuffert XXXVII, 139; Seuffert XLII, 133 R.G. 1886; XLIII, 285 O.L.G. Nürnberg 1886.

^{73a)} Bayr. Zeitschrift XII, 233 Nürnberg 1865; besonders aber Busch XXVI, 296 Nürnberg 1871.

⁷⁴⁾ R.O.H.G. I, 149 (1870); gleichlautend Busch XXV, 249 Dresden 1872.

wie das Reichsoberhandelsgericht entschied, von dem Empfänger durch die vorbehaltlose Annahme genehmigt.

Was die französische Rechtssprechung betrifft, so kann von einer Anwendung dieser Grundsätze deswegen keine Rede sein, weil diese schon der blossen Annahme der Waare jene Wirkungen beilegt, die hier der Verfügung über dieselbe zugeschrieben werden. An einer andern Stelle will ich darauf zurückkommen. Hier hebe ich nur hervor, dass man nicht destoweniger in der französischen Rechtssprechung einen ähnlichen Gedankengang findet. So wurde entschieden in einem Falle, in dem Getreide, dessen gute Qualität ausdrücklich zugesichert wurde, in Säcken von bestimmtem Gewichte verkauft wurde, dass der Käufer, der die Waare, ohne sie geprüft zu haben, in sein Magazin bringen liess, *a suivi la foi de son vendeur et ne peut exiger plus tard que celui-ci reprenne les blés sous prétexte qu'ils n'étaient ni de qualité ni du poids convenus att. que c'était au lieu designé pour la livraison que le blé devrait être vérifié et pesé.*⁷⁵⁾ Ebenso im Falle eines Weiterverkaufs der Waare: *att. que si l'acheteur s'est abstenu de vérifier les marchandises lors de l'arrivée de celle-ci au lieu désigné et lors de la réexpédition à un négociant d'une autre place auquel il l'a revendu d'avance il ne peut en cas de refus de cette marchandise par le marchand destinataire pour cause des vices apparants appeler en garantie son propre vendeur car entre ce dernier et lui la reception de la marchandise est devenu definitive.*⁷⁶⁾ Dies trifft nur für den in der französischen Rechtssprechung eine grosse Rolle spielenden Fall nicht zu, wo dem Käufer die Degustation vorbehalten ist. Bei diesem wird angenommen, qu'il est de principe que la reception et même l'usage des marchandises par l'acheteur ne peut élever une fin de nonrecevoir contre l'action qu'il peut intenter plus tard, en soutenant que les marchandises n'étaient pas de nature stipulé au contrat.⁷⁷⁾

Die Grundsätze betreffend die Genehmigung der Qualität der Waare hat das Reichsoberhandelsgericht auch auf die Erfüllungszeit in Anwendung gebracht. Es erkannte, dass der Käufer, der wegen Säumniss des Verkäufers von seinem Rücktrittsrechte nach Art. 356 H. G. B. Gebrauch machte, durch Weiterveräusserung eines Theils der ge-

⁷⁵⁾ Dalloz, Rep. gén. Vices redhib. No. 55. Caën 1839.

⁷⁶⁾ Dalloz ibid No. 84.

⁷⁷⁾ Dalloz 75, II, 99; 70, I, 423.

gekauften Waare seine Rücktrittserklärung rückgängig gemacht habe.⁷⁸⁾

Etwas anders verhält es sich mit den ädilitischen Rechtsmitteln.⁷⁹⁾ Diese setzen nicht etwa eine Zurückweisung der Waare als zur Erfüllung ungeeignet, sondern im Gegentheil Annahme der Waare als Erfüllung voraus. Die Verfügung des Empfängers über die Waare ist daher nicht Verfügung über einen Gegenstand, welcher fremdes Eigenthum ist, denn sie betrifft eine dem Empfänger bereits gehörende Sache. Die Quellen stehen daher durchgehends auf dem Standpunkte, dass nicht bloss die *actio quanti minoris* sondern auch die *actio redhibitoria* weder durch die Weiterveräußerung der Sache an sich⁸⁰⁾ noch durch etwaige an der Sache vorgenommene Veränderungen, ja sogar dolose Verschlechterungen ausgeschlossen wird.⁸¹⁾ Die letztern verpflichten ihn nur, wenn er redhibiren will, zum Ersatze.⁸²⁾ Nur wenn der Käufer, in Kenntniss der redhibitorischen Mängel sich selbst in die Unmöglichkeit versetzt hat, die Sache zurückzustellen, hat er die *redhibitoria* verwirkt,⁸³⁾ dies ist jedoch ausschliesslich Folge der durch seine Handlung, durch sein Verhalten bewirkten Unmöglichkeit der Rückleistung.⁸⁴⁾ Die moderne Rechtssprechung bringt aber nur zum Theile dieselben Grundsätze zur Anwendung. Zwar nimmt man in Bezug auf die *actio quanti minoris* mit seltenen Ausnahmen an, dass sie, einmal entstanden, weder durch Verkauf, noch sonst durch eine über die Sache getroffene Verfügung untergehe,⁸⁵⁾ und auch mit dem redhibitorischen Rechtsmittel wird es häufig so ge-

⁷⁸⁾ R.O.H.G. V, 438 (1872).

⁷⁹⁾ Vergl. darüber besonders Eck in den Jur. Abhandlungen, Festgabe für Georg Beseler S. 161 ff. und hiezu auch Fick im Arch. f. W.R. VIII, S. 96; R.G. XVIII, 67 ff.

⁸⁰⁾ Fr. 43, § 8 de aedil. ed. 21. 1.

⁸¹⁾ Fr. 23. pr. fr. 25, pr. § 1, fr. 31, § 9 de aedil. ed.; ferner in Betreff der Belastungen: fr. 4 pr. quib. mod. 20. 6; fr. 43, § 8 de aedil. ed. 21. 1.

⁸²⁾ Windscheid § 394, Note 12 u. die in der vorigen Note zitierten Stellen.

⁸³⁾ Fr. 43, § 8, fr. 47, pr. de aedil. ed. 21. 1.

⁸⁴⁾ So auch Eck a. a. O. S. 185 ff. doch mit der Einschränkung: bis der Käufer die Sache zurückerworben hat; anders Wendt, Reurecht II, S. 79.

⁸⁵⁾ Seuffert III, 27 Lübeck 1847; III, 28 Lübeck 1847; V, 269 O.T. Stuttgart 1845; VII, 296 Darmstadt 1855; XXXIII, 116 R.O.H.G. 1877; A.C. IV, 742 (1877). Busch IV, 180 Darmstadt 1854; VII, 385 Nürnberg 1865; XVI, 124 ff. Wolfenbüttel 1860; XX, 323 A.G. Frankfurt a. M. 1866; R.O.H.G. X, 273 (1873); XII, 180 (1873); XXII, 36 (1876); R.G. XVII, 67 ff. (1886); dagegen

halten.⁸⁶⁾ Doch wird ebenso häufig betont, dass sich der Verkäufer die Redhibition nicht gefallen zu lassen brauche, wenn der Käufer nicht in der Lage ist, den gekauften Gegenstand überhaupt oder in wesentlich unverändertem Zustande zurückzustellen,⁸⁷⁾ also wenn er ihn verbraucht, verarbeitet, weiter verkauft. Im preussischen Landrecht fand diese Auffassung gesetzlichen Ausdruck.⁸⁸⁾ Nur will man in Preussen aus der Thatsache der Weiterveräußerung an sich nicht darauf schliessen, dass die Rückstellung der Sache unmöglich ist.

Obwohl es nun nirgends mit dürren Worten ausgesprochen wird, so ist es doch zweifellos, dass auf jene Entscheidungen, die eine Verwirkung der actio redhibitoria oder quanti minoris annehmen, allerdings die Analogie der Genehmigung der Qualität durch Konsumtion der als Erfüllung angebotenen Waare eingewirkt hat.⁸⁹⁾ Das entscheidende Moment ist jedoch hiebei, dass überall davon ausgegangen wird, nicht der Wille auf die Klage zu verzichten, nicht der durch die Handlungen erklärte Wille, den Kauf zu genehmigen, sondern die durch die eigene Handlung des Klägers veranlasste Unmöglichkeit der Rückstellung der gekauften Sache im früheren Zustande entziehe der Klage auf Redhibition oder Preisminderung die rechtliche Grundlage. Daher ist die Redhibitoria nicht ausgeschlossen bei ganz geringen Veränderungen, welche zur Zeit der Redhibition schon beseitigt waren,⁹⁰⁾ obwohl doch der

Seuffert XXII, 20 Stuttgart 1869; Busch III, 97 Kr. G. Burg 1863; XIX, 123 Mannheim 1886; Oldenb. Arch. VII, 191 1860; R.O.H.G. X, 330 (1873); vergl. darüber die Entscheidung R.G. XVII, 67 ff.

⁸⁶⁾ Seuffert II, 24 Dresden 1848; 170 Dresden 1847; XVI, 106 Zerbst 1847; XIX, 131 Oldenburg 1875; XXXII, 121 Celle 1874; XXXVII, 302 Braunschweig 1874; G.U. XI, 4967 (1873).

⁸⁷⁾ Seuffert XLII, 132 O.L.G. Hamburg 1886; XLIII, 48 O.L.G. Hamburg 1887 R.O.H.G. XVI, 321 (1873); Busch XIX, 261 Eisenach 1871; Sächs. XIV, 44 (1854); selbst wenn die Veräußerung ohne Kenntniss der Mängel stattgefunden hat. Old. Arch. VII, 180; G.U. XXI, 9654.

⁸⁸⁾ § 327, 328, I, 5 P.L.R. vergl. Striethorst XII, 492; LXXIX, 25; Behrend'sche Zeitschrift für Gesetzgebung u. Rechtspflege III, 782 Berlin 1869; Goldschmidt XXV, 270 A.G. Celle 1874.

⁸⁹⁾ Vergl. z. B. Seuffert XLII, 132 O.L.G. Hamburg 1886; XLIII, 48 O.L.G. Hamburg 1887. „Ein Einverständniss des Klägers (des Verkäufers) damit, dass sie dem die Käufer gehörige Maschine benutzten und abnutzen, konnten sie gutgläubiger Weise nicht voraussetzen.“ Aber die gekaufte und übergebene Maschine ist doch nicht mehr Maschine des Verkäufers, sondern des Käufers.

⁹⁰⁾ H.A.G. Nürnberg III, 88 (1869); Seuffert II, 24 Dresden 1848; dagegen gehen die meisten Gerichte davon aus, dass der Käufer, nachdem er die Waare

Schluss auf den Willen hier derselbe sein müsste, wie in den übrigen Fällen, weil hier die Unmöglichkeit der Rückstellung der Sache in ihrem früheren Zustande nicht mehr vorliegt. —

Dieselben und ähnliche Handlungen wie beim Kauf ziehen unter ähnlichen Verhältnissen auch bei andern Verträgen die Genehmigung der Qualität nach sich; doch geschieht dies bei den letztern naturgemäss viel seltener, da das Rechtsverhältniss fast nur beim Distanzgeschäft vorkommt und selbst im modernen Verkehre wohl nur der Kauf als Distanzgeschäft in Betracht kommt. Folgender hierher gehöriger Fall wurde vom H.A.G. Nürnberg entschieden: Der Uebernehmer einer Lieferung für die Militärbehörde hatte die Ausführung der hierbei erforderlichen Arbeiten um einen bestimmten Lohn einem Dritten überlassen, dem er das Material hierzu übergab: für den Fall, dass die Militärbehörde die Lieferung wegen Mängel der Arbeit zurückweisen sollte, vereinbarte er mit ihm einen geringern Lohn. Trotzdem dies nun geschehen ist, wurde er zur Zahlung des ungekürzten Lohnes verurtheilt, weil er die von der Militärbehörde zurückgewiesene Waare (Pappscheiben) und somit auch die vom Arbeiter darauf gewendete Arbeit eigenmächtig vernichtete.⁹¹⁾

Auch die Inbetriebsetzung der aufgestellten Maschinen enthält eine Genehmigung der damals schon hervorgetretenen Mängel der Arbeit.⁹²⁾

Was endlich den Kauf auf Probe betrifft, so ist, wie die herrschende Meinung annimmt, schon im fr. 20 pr. de praescr. verb. von einem hierhergehörigen Falle die Rede: Die Quellen sollen hiernach annehmen, dass derjenige, welcher Pferde zur Probe kauft und sie vor Ablauf der Probezeit zum Wettrennen benützt, mit der *actio praescriptis verbis* auf Zahlung des vereinbarten Preises geklagt werden kann.⁹³⁾ Bechmann will auf die stillschweigende Genehmigung eines Kaufs auf Probe aus Verfügungen über den

dem Verkäufer zur Disposition gestellt hatte, nicht mehr berechtigt ist, sich der ädilitischen Rechtsmittel zu bedienen; sie erblicken daher in der Dispositionsstellung einen (ausdrücklichen) Verzicht auf die *a. quant. minoris* und *redhibitoria* „da er dadurch sein Recht erschöpfte“; Busch III, 97 ff. Commerz- und Admiraltätsgericht Danzig 1864; XX, 320 A.G. Frankfurt a. M. 1869; R.O.H.G. X, 350 (1873); besonders eingehend R.G. XVII, 67 ff. (1886); ferner Seuffert XLIII, 241 R.G. 1886.

⁹¹⁾ Busch XXV, 1 Nürnberg 1868.

⁹²⁾ Sächs. XXXI, 285 (1867); Busch XV, 450.

⁹³⁾ Vergl. hierüber oben S. 115 Text u. Note 1.

Gegenstand desselben schliessen: Veräusserung, Verpfändung, Bestellung einer Servitut.⁹⁴⁾ In diesem Sinne entschied das O.T. Stuttgart, die gewerbliche Verarbeitung der auf Probe gekauften Waare sei als Genehmigung der Qualität zu betrachten.⁹⁵⁾ Auf demselben Gedankengang beruht wohl auch die Entscheidung des Kreisgerichts Burg, die Dispositionsstellung eines auf Probe gekauften Mühlsteins, wäre dadurch aufgehoben, dass der Käufer denselben in seinen ordentlichen Gebrauch nahm und ihn Jahre hindurch benutzte.⁹⁶⁾

Bei einer genaueren Betrachtung der soeben kurz aufgezählten Fälle des Vertragsschlusses überzeugt man sich vor allem, dass der Vertragsantrag stets ausdrücklich gestellt wurde, andererseits stets mit einer realen Zuwendung der angebotenen Leistung verbunden war: dem Vertragsabschlusse lag mit einem Worte stets eine ausdrückliche Realofferte zu Grunde. Wo eine allen gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Offerte nicht vorliegt, entsteht selbst unter durchaus analogen Verhältnissen kein Vertrag, dort wo z. B. der Oblat sich dessen nicht bewusst war, dass ihm eine Vertragsofferte gemacht wird, begründen Handlungen dieser Art keineswegs die Annahme eines Vertragsabschlusses: so wenn etwa der Oblat der Ansicht war, die unbestellte Waare sei ihm irrthümlich zugekommen, und sie deswegen der Person ausfolgt, für welche sie, wie er glaubt, bestimmt ist,⁹⁷⁾ oder wenn er annahm und infolge seines Verhältnisses zum Absender auch annehmen durfte, dass die Waare mit einer Verkaufskommission an ihn gelangte,⁹⁸⁾ wenn er der Ueberzeugung war, die Waare sei ihm von einer dritten Person zugeschickt worden, von der er sie kaufte und nunmehr erwartet.⁹⁹⁾ Das Verbleiben auf dem gemietheten oder gepachteten Objekte hat keine stillschweigende Verlängerung der locatio conductio zur Folge, wenn der Eigenthümer inzwischen wahnsinnig wurde oder starb.¹⁰⁰⁾

⁹⁴⁾ Bechmann, der Kauf II, S. 243 ff.

⁹⁵⁾ Seuffert VIII, 39 Stuttgart 1856; R.O.H.G. XVI, 331 (1875).

⁹⁶⁾ Busch IX, S. 195 Kreisgericht zu Burg (Preussen) 1865.

⁹⁷⁾ Arch. f. W.R. XIII, 198 O.A.G. Dresden 1863; Busch XXV, 485 A.G. Zwickau 1871; dagegen allerdings Sächs. XXVIII, 149 (1865).

⁹⁸⁾ Busch V, 84 Leipzig 1864.

⁹⁹⁾ Sächs. XVI, 459 (1856); dagegen die sehr bedenkliche Entscheidung Sächs. XXVII, 140 (1865).

¹⁰⁰⁾ Fr. 14, loc. 19. 2.

Freilich bedarf die Offerte, wie jede andere ausdrückliche Willenserklärung nicht selten einer Interpretation im Sinne der Usance oder der bisherigen Geschäftsübung: das Wort „ausdrücklich“ hat hier eben dieselbe Bedeutung, die ihm nach der Schlussausführung des ersten Kapitels dieser Schrift zukommt. So enthält die Zusendung unbestellter Waare, falls nicht zugleich die Preise angegeben wurden, eine Bezugnahme auf die üblichen Preise oder Marktpreise, oder auch eine Bezugnahme auf die bisher beobachtete Geschäftsübung. In diesem Sinne liegt auch bei der *relocatio tacita* eine ausdrückliche Realofferte vor: darin, dass der Vermiether oder Verpächter nach Ablauf der Mieth- oder Pachtzeit dem Miether oder Pächter die Benutzung des Bestandobjekts belässt, liegt eine ausdrückliche Offerte den letzteren gegenüber, den Vertrag zu erneuern. Die Offerte muss im Allgemeinen dahin interpretirt werden, dass der neue Vertrag im Wesentlichen unter den Bedingungen des alten abgeschlossen werden solle, dieses gilt jedoch nicht von allen Klauseln des alten Vertrages. Was namentlich die Zeit betrifft, für welche der Vertrag erneuert wird, so galten im römischen Rechte bekanntlich verschiedene Usancen, je nachdem es sich um verpachtete Grundstücke oder um andere Sachen handelte: im ersteren Falle bedeutete das Verhalten des Verpächters eine Offerte zur Erneuerung des Vertrages für ein Jahr,¹⁰¹⁾ in allen anderen Fällen enthielt sie gar keine usancemässige Zeitbestimmung, sie galt nur für die Zeit, während welcher der Gebrauch wirklich fortgesetzt wurde.¹⁰²⁾ Nach französischem Rechte ist die für eine bestimmte Zeit abgeschlossene Wohnungsmiethe für unbestimmte Zeit verlängert,¹⁰³⁾ während für die Verlängerung des Pactes eines Landgutes bestimmt wird, sie werde für jene Zeit abgeschlossen, für welche der Pacht der Landgüter überhaupt dann als abgeschlossen betrachtet wird, wenn über die Zeitdauer des Pactes nichts festgesetzt wurde, nämlich für die Zeit, welche erforderlich ist, um alle Nutzungen von dem Gute zu beziehen.¹⁰⁴⁾ Aehnlich entscheidet das österr. bürgerliche Gesetzbuch, die stillschweigende Erneuerung erstrecke sich bei „Pachtungen nur auf ein Jahr; wenn aber der ordentliche Genuss erst in einem späteren Zeitraume erfolgen kann, auf eine so lange Zeit, als noth-

¹⁰¹⁾ Fr. 13, § 11, fr. 14 loc. 19. 2; C. 16 de loc. 4. 65.

¹⁰²⁾ Fr. 13, § 11 cit.; vergl. Seuffert XXXVI, 190 O.L.G. Darmstadt 1881.

¹⁰³⁾ Art. 1759 C.N.

¹⁰⁴⁾ Art. 1776, 1774 C.N.

wendig ist, um die Nutzungen ein Mal beziehen zu können. Miethungen, wofür man den Zins erst nach einem ganzen oder einem halben Jahre zu bezahlen pflegt, werden auf ein halbes Jahr, alle kürzeren Miethungen aber auf diejenige Zeit stillschweigend erneuert, welche vorher durch den Bestandvertrag bestimmt war.“—¹⁰⁵⁾ Alle diese Bestimmungen sind nichts als kodificirte Usancen, oder sollen es wenigstens sein; sie interpretiren die Offerte des Vermiethers und daher auch die Bedeutung der Annahme derselben nach den Gewohnheiten des Landes oder was sie dafür halten.

Die Erklärung des Offerenten weist daher in den hier erörterten Fällen keine Eigenthümlichkeiten auf. Auf Seiten des Oblaten ist dagegen ein solcher den Erfordernissen einer ausdrücklichen Willenserklärung entsprechender Rechtsakt nicht vorhanden: der Oblat hat wohl gewisse Handlungen unternommen, aber vor allem jedenfalls nicht dem anderen Theile gegenüber. Es fehlt daher zweifellos dieses Erforderniss der ausdrücklichen Willenserklärung bei Verträgen: denn eine an den anderen Theil gerichtete Mittheilung wird man in dem Verkaufe der zugeschickten Waare, im Verbleiben in der gemietheten Wohnung nach Ablauf der Miethszeit etc. unmöglich erblicken können.¹⁰⁶⁾

Wohl mit Rücksicht auf derartige Erscheinungen hat man hie und da die Lehre aufgestellt, eine stillschweigende Willenserklärung brauche nicht dem anderen Theile gegenüber abgegeben zu werden,¹⁰⁷⁾ eine Ansicht, die theilweise sogar im Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Ausdruck gefunden hat. Es konnte jedoch Niemandem entgehen und entging auch dem Verfasser der Motive zum Entwurfe nicht, dass es ein tiefgehender Widerspruch ist, den Eintritt der Rechtsfolgen dort, wo der Wille mit Worten ausgesprochen wurde, von strengeren Voraussetzungen abhängig zu machen, als dort, wo bloß Handlungen vorliegen, welche auf einen bestimmten Willen hindeuten.

Die wohl zuerst von Scheurl vertretene Ansicht fand daher wenig Anklang und wurde beispielsweise von Bekker entschieden bekämpft: „Unjuristisch ist es, der stillschweigenden Willenserklärung grös-

¹⁰⁵⁾ § 1115 B.G.B.

¹⁰⁶⁾ Dagegen allerdings Regelsberger: Zivilistische Erörterungen Heft I, S. 5 ff. Das von ihm S. 10 angeführte Beispiel soll weiter unten erörtert werden.

¹⁰⁷⁾ Hasenöhr, österr. Obligationenrecht Bd. I, S. 614 ff. und die von ihm S. 615 Note 56 zitirten.

sere oder doch frühere Wirksamkeit zuzubilligen als der ausdrücklichen.“¹⁰⁸⁾ Ebenso trat auch die betreffende Bestimmung des Entwurfes auf entschiedene Opposition.¹⁰⁹⁾ Man wird die Stichhaltigkeit der dagegen vorgebrachten Gründe zugeben können, aber trotzdem anerkennen müssen, dass dadurch die einfache Thatsache nicht beseitigt ist, dass sowohl die Quellen, in den seltenen Fällen, wo sie sich mit einschlägigen Fragen beschäftigen, als auch die moderne Rechtssprechung in solchen Handlungen eine rechtlich verbindliche Willenserklärung erblicken, obwohl sie einer unter solchen Umständen abgegebenen in Worte gefassten Willenserklärung zweifellos jede rechtliche Wirkung absprechen würden. Es unterliegt daher keinem Zweifel, dass man bei dieser Art der Willenserklärung durch Handlungen von einem sonst streng festgehaltenen Erforderniss der Willenserklärungen absieht, und dass sich dieses theoretisch jedenfalls nicht rechtfertigen liesse, wenn diese Handlungen in der That Willenserklärungen und nichts als Willenserklärungen wären.

Es erübrigt aber noch zu untersuchen, ob diese Handlungen, die wie gezeigt, jedenfalls nicht dem Mitkontrahenten gegenüber stattfanden, doch wenigstens als Erklärungen eines Willens, wenn schon nicht als Willenserklärungen gelten können: ob in diesen Fällen in der That aus den Handlungen zu entnehmen war, dass der Oblat den inneren Willen hatte, die gestellte Offerte anzunehmen, namentlich aber, ob es für die Entscheidungen in der That maassgebend war, dass der Wille des Oblaten die Offerte anzunehmen, als erwiesen erachtet wurde.

Es fehlt nun allerdings nicht an zahlreichen Entscheidungen, die auf das Moment des Willens einen grossen Nachdruck legen. Dieses geschieht vor allem in den meisten der oben erwähnten Quellenstellen, insofern die Entscheidung überhaupt begründet wird.¹¹⁰⁾ Auch in der modernen Rechtssprechung kommen selbstverständlich Entscheidungen mit derartigen Begründungen vor. Ich führe hier folgende an: Der Beklagte, welcher den ihm, wie er aus der

¹⁰⁸⁾ Bekker in seinen und Muther's Jahrbüchern II, S. 401; ähnlich Klein, Sachbesitz und Ersitzung S. 8.

¹⁰⁹⁾ Vergl. Strohal in Jhering's Jahrb. XXVII, S. 352 ff.; Bekker in seinen u. Fischer's Beiträgen zur Beurtheilung des Entwurfs Heft I, S. 37 ff.

¹¹⁰⁾ Fr. 13, § 11, fr. 14 loc. 19, 2; C. 16 de loc. 4. 65; fr. 4 prec. 43. 26; wohl auch fr. 5 rat. rem. 46. 8.

Faktura ersehen konnte, angeblich auf seine Ordre zugeschickten und in Rechnung gestellten Wein von der Bahn abholen liess, „hat zu erkennen gegeben, dass er den Wein behalten, also die ihm gemachte Kaufofferte annehmen wolle. Es lässt sich ausserdem kein Grund finden, welcher den Beklagten unter den erwähnten Verhältnissen veranlassen konnte, den Wein von der Bahn abzuholen.“¹¹¹⁾ „In dem Umfüllen des Weines in andere, dem Empfänger gehörige Gefässe ist an sich allerdings eine solche Verfügung zu finden, welche zum Schlusse berechtigt, dass der Empfänger der Waare, auch wenn er sie nicht bestellt gehabt habe, für sich behalten wolle, also mit der Kaufofferte einverstanden ist.“¹¹²⁾ Der Beklagte ist auf das in der Zusendung, wenn auch unbestellter“ (eigentlich von einer dritten, hierzu nicht ermächtigten Person für ihn bestellter) „Waaren mit Preisnota liegende, mit sofortiger Vollziehung verbundenen Kaufsanerbieten thatsächlich eingegangen und insbesondere durch thatsächliche Abholung der Waare von dem Orte, wohin sie ihm zugesendet wurde den Entschluss bekundet, diese anzunehmen und zu behalten, während die in der Faktura angegebenen Preise deshalb für massgebend erachtet werden, weil Beklagter diese nach billigem Ermessen des Fordernden getroffenen Preisbestimmungen nicht wegen Unbilligkeit oder Unangemessenheit angefochten hatte.“^{112a)}

Man muss es jedoch betonen, dass derartige Entscheidungen, in welchen die Annahme eines auf die Akzeption gerichteten Willens eingehend begründet wird, sehr selten sind. In der Regel wird der Schluss auf den Willen unmittelbar aus den Handlungen gezogen, ohne jede nähere Ausführung, als ob er selbstverständlich wäre, oder viel eher, als ob man fürchten würde, sich in die nähere Begründung eines Schlusses einzulassen, der keineswegs selbstverständlich ist. In dem angeblich zur Prüfung der Keimfähigkeit der übersandten 800 Zentner Gerste stattgefundenen Verbräuche von 361 Zentner der Waare kann, da zu diesem Zwecke 60—80 Zentner genügt hätten, „nur eine stillschweigende Erklärung gefunden werden, dass Beklagter bei der Inangriffnahme der 361 Zentner die besagten 800 Zentner habe behalten wollen“.¹¹³⁾ Die Ehefrau, welche die von ihrem Ehe-

¹¹¹⁾ Busch XXXIX, 210 Zwickau 1877.

¹¹²⁾ Busch XVIII, 425 Zwickau 1869.

^{112a)} Sächs. XLII, 226 (1874).

¹¹³⁾ Braun und Blum IV, 310 (1880).

manne gekaufte, in ihrem Lagerraume niedergelegte Waare, „in Kenntniss dieses Umstandes verbraucht, hat dadurch den von ihrem Ehemann abgeschlossenen Vertrag stillschweigend aber unwiderruflich genehmigt und ist folgeweise verpflichtet, das Geschäft als in ihrem Namen abgeschlossen anzusehen.“¹¹⁴⁾ Ebenso hat der Geschäftsherr, welcher die für ihn und in seinem Namen von einem Dritten gekauften Schaafe übernahm, scheeren liess und auch einen beträchtlichen Theil derselben für seine Rechnung weiter verkaufte, „damit den Kauf genehmigt“.¹¹⁵⁾ „Der Beklagte, der die von seinem Vater für ihn beim Kläger bestellten Kleider anstandslos angenommen und in Gebrauch gesetzt, auch gegen die ihm gleichzeitig zugeschickte Rechnung nichts eingewendet hat“, hat den Kauf für seine Rechnung genehmigt. Durch die eingewendete Minderjährigkeit kann er sich schon deshalb nicht gegen die Zahlung schützen, weil er sich der Kleider noch nach Antritt der Grundwirthschaft und des eigenen Haushalts „also nach der Entlassung aus der väterlichen Gewalt bedient hat.“ Die Entscheidungen nehmen daher den Willen als erwiesen an, ohne diese Annahme irgendwie zu begründen.¹¹⁶⁾

In einer Reihe anderer Entscheidungen wird zwar die Existenz des rechtsgeschäftlichen Willens ausdrücklich vorausgesetzt und als erwiesen betrachtet, der Begründung aber eine eigenthümliche Wendung gegeben. Die Existenz des Willens wird nemlich ausschliesslich deswegen als erwiesen betrachtet, weil sonst das Vorgehen der betreffenden Partei widerrechtlich, dolos, wider Treu und Glauben verstossend erscheinen würde. So wurde der Verbrauch der zur Disposition gestellten Waare in der Wirthschaft als nachträgliche Genehmigung derselben behandelt, „weil der Käufer dolos verfahren würde, wenn er sich auf die Wiederaufhebung des Vertrages berufen würde, während er seinerseits sich durch den Verbrauch der Waare die Rückgabe unmöglich gemacht hat.“¹¹⁷⁾ „In der theilweisen Verarbeitung der Bohlen durch den Beklagten muss eine Genehmigung der ganzen Sendung um so gewisser gefunden werden, als nach den Grundsätzen von Treu und Glauben dem Kläger nicht mehr zuzumuthen wäre, einen Theil jener Bohlen, vielleicht den Ver-

¹¹⁴⁾ Sächs. XXXV, 331 R.O.H.G. 1871.

¹¹⁵⁾ R.O.H.G. IX, 238 (1873).

¹¹⁶⁾ A.C. II, 190 (1868).

¹¹⁷⁾ Busch V, 508 A.G. Wiesbaden 1863.

hältnissmässig schwächen und qualitativ geringern zurückzunehmen“.¹¹⁸⁾ Die Verfügung über bestellt oder unbestellt erhaltene Waare von Seiten eines Empfängers, welcher sie nicht annehmen will, „würde auf eine Verletzung der bona fides und Vernachlässigung der im Handelsverkehr von den Parteien zu prästirenden Diligenz hinauslaufen.“¹¹⁹⁾

Namentlich hat das Reichsoberlandesgericht seine Entscheidungen häufig in dieser Weise begründet. „Es würde eine nicht zu statuierende Verletzung des kontraktlichen guten Glaubens darin gelegen sein, wenn der Käufer den Verkäufer mit der Lieferung und Aufstellung der schwerern und vermuthlich auch werthvollern und dauerhaftern Maschine vorgehen liess, ohne denselben zeitlich davon zu benachrichtigen, dass er beabsichtigt, die von jenem durch Zusendung einer auf eine höhere Summe gestellten Verkaufsrechnung manifestirte Voraussetzung der Zahlungserlangung für das wirkliche Gesamtgewicht zu bestreiten. Indem der Beklagte so wie angegeben verfuhr, liess er sich die Lieferung auf einer modifizirten Grundlage gefallen.“¹²⁰⁾ Eine andere Entscheidung bezeichnet das Begehren der Beklagten um Gewährung eines Abzugs für Dreck bei Kartoffeln, deren Dreckfreiheit ausdrücklich versprochen wurde, als „um so unbeachtlicher und der den Handelsverkehr beherrschenden bona fides widersprechender, als sie (die Beklagten) die gelieferten Kartoffeln verbraucht haben und mit der Rüge der Kontraktswidrigkeit erst zu einer Zeit hervorgetreten sind, wo es eben durch den Verbrauch der Kartoffeln dem Kläger unmöglich gemacht war, eine Untersuchung darüber zu veranlassen, ob und in welchem Maasse die Rüge der Verklagten begründet gewesen ist oder nicht.“¹²¹⁾ Am schärfsten wird dieses in folgender Entscheidung desselben Gerichts ausgesprochen: Waaren, welche von der Ehefrau bestellt waren, wurden ihrem Gatten zugeschickt und von diesem verbraucht. Das Reichsoberhandelsgericht sagt nun hierüber: es würde ihm, selbst wenn er mit den Verhältnissen des kaufmännischen Handelsbetriebes in keiner Weise vertraut war, schon „bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit eines verständigen Menschen nicht entgehen, dass

¹¹⁸⁾ Busch XXXIX, 220 A.G. Zwickau 1877.

¹¹⁹⁾ Busch XIV, 287 Eisenach 1865.

¹²⁰⁾ R.O.H.G. I, 149 (1870); wörtlich übereinstimmend Busch XXV, 249 Dresden 1870.

¹²¹⁾ R.O.H.G. II, 60 (1871).

Kläger ihn selbst und nicht seine Ehefrau als Käufer der Waare ansehe und in dieser Weise mit ihm zu kontrahiren beabsichtige. Hat er nun die Waare, ohne die Absicht, auf den ihm vom Kläger angetragenen Kaufvertrag einzugehen, empfangen, so wäre dies offenbar wider Treu und Glauben, käme auf die Benützung eines klar erkennbaren Irrthums des andern Theils (§ 835 sächs. bürgerl. Gesetzbuch), auf einen Betrug hinaus und gäbe demzufolge den Klägern das Recht die auf die Bestellung Seitens der Ehefrau gegründete Einwendung durch die *replicatio doli* zu entkräften.“¹²²⁾

Es giebt aber auch zahlreiche Entscheidungen, in denen überhaupt jede Bezugnahme auf den Willen der Parteien fehlt und die Verpflichtung des Oblaten zur Entrichtung der Gegenleistung wird einfach durch einen Hinweis auf sein Vorgehen und die durch dasselbe geschaffene Sachlage begründet. So wird in den Quellen die Entscheidung, dass gegen denjenigen, der die Pferde, die er auf Probe erhielt, zum Wettrennen benützte, die *actio praescr. verbis* zustehe, bloß damit gerechtfertigt: *nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares.*¹²³⁾ In der modernen Rechtssprechung kommen derartige Entscheidungen häufig vor: Der Käufer erlegte den schuldigen Kaufschilling bei einem Banquier, der Verkäufer ertheilt dem Banquier den Auftrag für einen Theil des Geldes Werthpapiere zu kaufen; dadurch hat er den Erlag des Kaufschillings beim Banquier genehmigt: „er nahm hierdurch den Kaufschilling offenbar als ihm gezahlt und ihm gehörig an, da dessen Verwendung in der angegebenen Weise und dessen Benutzung als Kaufgeld für anzuschaffende Werthpapiere gar nicht wohl anders als ein Dispositionsakt über das Geld aufgefasst werden kann, zumal der Banquier auf das Geschäft eingegangen ist und den Auftrag des Klägers übernommen hat.“¹²⁴⁾

Namentlich tritt dieser Gesichtspunkt in der Begründung jener Entscheidungen hervor, welche sich auf die Genehmigung der Qualität der gelieferten Waare durch konkludente Handlungen beziehen. „Der Käufer, welcher über die Waare verfügt, darf gar nicht für befugt erachtet werden, den Kauf durch Dispositionsstellung rückgängig zu machen, weil er dadurch zu einer

¹²²⁾ R.O.H.G. II, 26 (1871).

¹²³⁾ Fr. 20 pr. praescr. de verb. 19. 5.

¹²⁴⁾ Busch XIII, 279 Jena 1862.

Widererstattung der Waare und damit zur Herstellung des früheren Zustandes sich ausser Stande gesetzt hat und sein eigenes Interesse es erfordert, dass die von ihm getroffene Disposition aufrecht erhalten bleibe.“¹²⁵⁾ „Durch Aufschneiden eines Stückes der in Folle verkauften Waare hat die Akzeption stattgefunden, da dadurch die Rückgabe des gekauften Waarenquantums unmöglich geworden ist.“¹²⁶⁾ „Der Beklagte hat sich selbst ausser Stande gesetzt, die Waare in dem Zustande, wie er sie empfangen hatte, zurückzugeben, indem er einen beträchtlichen Theil der Waare für sich verwendete.“¹²⁷⁾ „Durch die Einweichung der zur Disposition gestellten Häute ist eine wesentliche Veränderung der Waare vorgenommen, welche sie zu einer anderen macht, und infolge dessen ist die Waare faktisch angenommen und genehmigt und kann nicht mehr nachträglich zur Disposition gestellt werden.“¹²⁸⁾ Der Käufer, welcher einen Theil der zur Disposition gestellten Mehrsendung weiter verkaufte, trotzdem er sie nach dem ihm vom Verkäufer ertheilten und von ihm auch angenommenen Auftrage diesem hätte zurückstellen sollen, „hat sich dadurch ausser Stande gesetzt, den von ihm akzeptirten Auftrag auch vollständig auszuführen“ und es wurde daher angenommen, dass der Beklagte die irrthümlich übersandte, die Bestellung übersteigende Waare „nachträglich akzeptirt und von seinem Rechte bezüglich der Dispositionsstellung zurückgetreten sei.“¹²⁹⁾

Andere Entscheidungen werden zwar in derselben Weise begründet, doch wird insofern näher auf die Sachlage eingegangen, als sie die Verpflichtung des Oblaten zur Entrichtung der Gegenleistung als Folge der Eigenmächtigkeit, Unrechtmässigkeit seiner Handlungsweise dargestellt wird, ein Gesichtspunkt, der übrigens auch in den meisten der letzthin angeführten Entscheidungen durchschimmert. So in einem Falle, in welchem die zur Disposition gestellte Waare, vom Empfänger aus dem Grunde, um die Hälfte des Preises veräussert wurde, weil sie vom Verkäufer nicht abgeholt worden

¹²⁵⁾ Busch XIX, 302 Wolfenbüttel 1867.

¹²⁶⁾ Busch XI, 339 Wiesbaden 1866.

¹²⁷⁾ Striethorst LXXIII, 234 ff., 1869 = Zeitschr. für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preussen III, S. 782 ff.

¹²⁸⁾ Busch XXVIII, 398 L.O.H.G. Stuttgart 1872; ähnlich Arendts III, 99 ff. O.A.G. München 1852.

¹²⁹⁾ Busch XIII, 298 Wolfenbüttel 1867.

ist. „Hatte der Beklagte dem Käufer einmal die Waare als schlecht zur Disposition gestellt, so ist er zur Weiterveräußerung nicht mehr berechtigt; hat er darüber durch Weiterveräußerung einseitig verfügt, so hat er dadurch die Zurdispositionsstellung wieder aufgehoben.“¹³⁰⁾

Der Oekonomie einer geschlossenen Gesellschaft wurde anstatt des bestellten französischen Champagners Rheinwein-Champagner geschickt. Derselbe wurde bei einer Festlichkeit zum ersten Male aufgetischt und zugleich verbraucht, nachher aber ordnungsmässig bemängelt. Auf den Kaufpreis geklagt, wurde der Käufer nicht, wie er es begehrte, zur Bezahlung des viel geringeren Preises für Rheinweinchampagner, sondern für französischen Champagner verurtheilt. „Wenn Beklagter geltend macht, dass ihm in seinen Verhältnissen nicht zugemuthet werden könne, behufs Beobachtung jener gesetzlichen Bestimmung (Art. 347 H.G.B.) mehrere Flaschen Champagner ohne gleichzeitige Gelegenheit zu deren anderweitigem Verbräuche zu öffnen und damit einen verhältnissmässig nicht unbedeutenden Theil der Waare selbst zu konsumiren, dass er vielmehr berechtigt gewesen sei, die Untersuchung bis zu einer Festlichkeit, bei der voraussichtlich von seinen Gästen Champagner verlangt werden wird, hinauszuschieben, so ist dem lediglich beizutreten . . . Dagegen stehe die Thatsache des Verbräuches dem Beklagten entgegen; selbst wenn über Originalwein kontrahirt wäre, sei Beklagter nicht befugt, über den ihm gelieferten Rheinweinchampagner dem Eigenthümer gleich zu verfügen, ihn zu konsumiren und nachher seine Zahlungsverbindlichkeit auf den gewöhnlichen Preis der konsumirten Waare zu beschränken, er sei nicht berechtigt gewesen, hiervon nachträglich wieder abzugehen und in einseitiger Willensänderung die vorher mit Worten dem Kläger anheimgegebene Disposition nachher durch die That wieder unmöglich zu machen.“¹³¹⁾

Der Besteller einer Arbeit (conductor operis), welcher mit dem Arbeiter einen Lohnabzug für den Fall, dass das Werk von der Militärbehörde, für die es bestimmt war, wegen Mängel der Arbeit zurückgewiesen werden sollte, vereinbarte, wurde, obwohl die Lieferung in der That als unbrauchbar zurückgewiesen worden ist, doch zur Bezahlung des ganzen Lohnes verurtheilt, und zwar deswegen, weil

¹³⁰⁾ Busch I, 541, Note ** Nürnberg 1863.

¹³¹⁾ Busch III, 97 Kommerz. u. Admiralitätskolleg. Danzig 1864.

er das Arbeitsprodukt nachträglich einstampfen liess. Wenn auch Beklagter zu diesem Verfahren von dem Gesichtspunkte aus berechtigt erscheint, „dass er das Material, der Kläger die Arbeit geliefert hat, so hat er doch durch die eigenmächtige Vernichtung des Arbeitsproduktes sammt der vom Kläger auf dessen Verfertigung verwendeten Arbeit sich selbst in die Lage gebracht, den beabsichtigten Lohnabzug wegen angeblicher Mangelhaftigkeit der Arbeit nicht zu machen.“¹³²⁾ Hierher kann auch die dürftige Begründung folgender reichsobergerichtlichen Entscheidung gezählt werden: der Käufer, welcher das gekaufte Tuch, nachdem er es wegen Mängel zur Disposition stellte, abdampfen liess und dadurch die Appretur gänzlich entfernte, „hatte diese Veränderung der Waare zu einer Zeit vorgenommen, in welcher er sich jeder die Beschaffenheit derselben verändernden Manipulation enthalten musste und hatte sie daher genehmigt.“¹³³⁾ Endlich fällt auch die Begründung zweier Entscheidungen, welche die reale Genehmigung eines zur Probe gekauften Gegenstandes betreffen, unter diesen Gesichtspunkt: „Die Geklagten haben jedenfalls dadurch gefehlt, dass sie fortfuhren, eine Waare, welche ihnen schon nach der ersten Probe als höchst verdächtig erscheinen musste, auf die Gefahr des wiederholten Misslingens eigenmächtig und ohne Rücksprache mit dem Versender für die Fabrikation zu verwenden und bis auf einen geringen Rest zu verbrauchen. Indem sie dieses mit der dem Versender schuldigen Rücksicht nicht vereinbare Verfahren sich erlaubten, handelten sie lediglich auf eigene Gefahr und sie sind rechtlich ebenso zu beurtheilen, wie wenn sie vor der Verarbeitung die volle Ueberzeugung von der Fehlerhaftigkeit der Waare gehabt hätten.“¹³⁴⁾ Indem der Käufer den ihm auf Probe verkauften Stein „in seinen ordentlichen Gebrauch nahm und nunmehr fünf Jahre lang abnutzte, hat er sich theils objektiv die Rückgabe unmöglich gemacht, theils subjektiv seinen Willen dahin erklärt, dass er die Zurücknahme des Steines in natura und dessen Ersetzung durch einen andern nicht mehr verlange.“¹³⁵⁾

Die Gerichte begründen ihre Entscheidungen, wie sich aus dieser Zusammenstellung ergibt, in der verschiedensten Weise und auch

¹³²⁾ Busch XXV, 1 Nürnberg 1868.

¹³³⁾ R.O.H.G. X, 272 (1873).

¹³⁴⁾ Seuffert VIII, 39 Stuttgart 1854.

¹³⁵⁾ Busch IX, 195 Kreisg. Burg 1865; wie ist diess zu vereinigen mit § 339, I, 11 A.L.R.?

bei der hier versuchten Anordnung nach den in der Begründung hervorgehobenen oder wenigstens nach den dabei überwiegenden Gesichtspunkten trat es zu Tage, dass die Nüancen ausserordentlich häufig wechseln. Bei der Schablonenhaftigkeit der in Betracht kommenden Fälle, der Gleichförmigkeit des Spruches, gewiss ein sehr charakteristischer Umstand: er zeigt, dass die Gerichte sich wohl darüber in Klarem waren, wie die Fälle zu entscheiden, nicht aber darüber, wie die Entscheidungen zu rechtfertigen sind. Und doch sind die Begründungen sehr lehrreich, weniger dadurch, was sie enthalten, als dadurch was den meisten von ihnen fehlt.

Wenn nämlich auch viele dieser Entscheidungen so sehr auf dem Willensmomente beruhen, dass sie die Handlungen nur als Indizien des Willens betrachten, den gestellten Vertragsantrag anzunehmen, so giebt es doch, wie gezeigt wurde, nur sehr wenige unter ihnen, die es für nöthig erachten, den Schluss aus den Handlungen auf den Willen näher zu begründen. Dieses ist vom Standpunkte der herrschenden Lehre allerdings befremdend. An und für sich ist in den hier in Betracht kommenden Handlungen nichts enthalten, was nothwendiger Weise auf den Willen, die Offerte anzunehmen, schliessen liesse. Wer die ihm angebotene Waare gebraucht, verbraucht, weiter verkauft, handelt vielleicht als negotiorum gestor, begeht unter Umständen einen dolosen oder kulposen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre, giebt möglicherweise einer Zwangslage nach.¹³⁶⁾ Kommen die Handlungen daher nur als Indiz des innern Willens in Betracht, so sind sie hier ein solches, dem man nicht, wie der ausdrücklichen Willenserklärung „ohne weiteres ansehen kann, welche Absicht bei der Volition vorhanden war.“¹³⁷⁾ Man durfte daher wohl in der Begründung die nähere Ausführung darüber erwarten, wie das Subjekt „die Handlung mit der Absicht verknüpft hatte.“¹³⁸⁾ Hiezu genügen aber nicht einige trockene Redensarten, die aus den Handlungen ebenso unmittelbar auf einen bestimmten Willen schliessen wollen, wie bei der ausdrücklichen Willenserklärung aus den Worten. Noch weniger lässt es sich mit allgemeinen Rechts-

¹³⁶⁾ Dies zieht in der That das Preussische Landrecht im § 339, I, 11 u. das Berliner O.T.: Busch VII, 274 Berlin 1862 = Striethorst LV, S. 151 in Betracht; Busch V, 270 O.T. Berlin 1859; vergl. Seuffert XLIII, 48 O.L.G. Hamburg 1887.

¹³⁷⁾ Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft S. 241.

¹³⁸⁾ Zitelmann a. a. O.

grundsätzen vereinigen, wenn einzelne Entscheidungen gar den Beweis demjenigen aufbürden, der die Existenz des Geschäftswillens bestreitet.¹³⁹⁾

Schon die dürftige Art, wie die auf dem Willensmoment beruhenden Entscheidungen begründet werden, benimmt ihnen einen grossen Theil ihrer Bedeutung. Aber auch an und für sich wäre auf die Betonung des Willensmoments kein grosser Werth zu legen; an und für sich liegt darin noch nicht der Beweis, dass die Rücksicht auf den Willen für die Entscheidung thatsächlich maassgebend oder dass der „Wille“, auf den man sich beruft, auch nur vorhanden war. Denn die Gesetzgebung und die juristische Theorie gehen doch allenthalben von dem Standpunkte aus, dass ohne rechtsgeschäftlichen Willen unmöglich rechtsgeschäftliche Wirkungen entstehen können. Der Richter, der rechtsgeschäftliche Wirkungen eintreten lässt, hat daher, wenn er seine Entscheidungen begründen will, die Existenz des rechtsgeschäftlichen Willens festzustellen. Würde die Entscheidung also in Wirklichkeit nicht auf dem Willensmomente beruhen, so hätte der Richter, der rechtsgeschäftliche Wirkungen eintreten lassen will, doch kein anderes Mittel, dieselben im geltenden Rechte begründet erscheinen zu lassen, als auch den rechtsgeschäftlichen Willen zu konstatiren, und, wenn dieses nicht möglich ist, zu supponiren oder zu fingiren. In der That dürfte die obige Erörterung gezeigt haben, dass der rechtsgeschäftliche Willen in den hier erörterten Erkenntnissen viel öfter supponirt und fingirt als wirklich festgestellt wird.

Es ist deswegen auch wohl mit Bestimmtheit anzunehmen, dass in keiner der obigen Entscheidungen das Erforderniss des Willens mit Bewusstsein übergangen wurde; so oft die Begründungen des Willens nicht erwähnten, konnte es nur Folge einer instinktiven Regung nicht eines bewussten Entschlusses sein. Um so charakteristischer ist es aber, dass diese instinktive Regung sich so häufig einstellt, dass eine so grosse Anzahl der Entscheidungen sich mit der Frage, ob der Wille vorhanden war, gar nicht beschäftigt, dass andere sich mit einer künstlichen Konstruktion oder Fiktion des Willens begnügen müssen, was schliesslich dieselbe Bedeutung hat.

Die Irrelevanz der Frage, ob der Wille vorhanden war, wird in der That in einer der oben angeführten Entscheidungen, allerdings

¹³⁹⁾ R.O.H.G. V, 438 (1872).

Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung.

in einer französischen und zwar einer recht alten, mit dünnen Worten ausgesprochen. Die Genehmigung einer nichtigen Erbtheilung wird in der Weiterveräußerung des durch die Erbtheilung an den Veräußernden gelangten Guts aus folgenden Gründen erblickt: att. qu'on ne peut exiger qu'il y ait une intention explicitement manifeste de réparer le vice et qu'il suffit que cette intention se puisse déduire du fait d'aliénation, impliquant de la part du vendeur le droit de maintenir la propriété aux mains de l'acquéreur auquel il en a promis la garantie et par conséquent la renonciation à toute action qui aura pour but de la perdre, att. que d'autre part cet acte est irrécconciliable avec la nullité du partage, le vendeur se mettant par là dans l'impossibilité, si cette demande réussissait, de réintégrer l'immeuble dans la masse des biens à partager.¹⁴⁰⁾

Der Versuch diese Entscheidungen auf den Annahmewillen zu gründen, wird aber direkt dadurch widerlegt, dass Rechtssprüche von ganz demselben Charakter in zahlreichen Fällen auch dort gefällt wurden, wo von einem Annahmewillen des Oblaten nicht nur keine Rede war, sondern vielmehr der Mangel eines jeden Annahmewillens sich aus der Begründung der Entscheidung selbst ergibt.

Für ausgeschlossen halte ich den Annahmewillen beispielsweise in folgendem Falle: der bestellte Käse wurde vom Empfänger mit der Bemerkung zur Disposition gestellt, er, der Empfänger werde denselben umpacken und nach Verkauf und Eingang des Geldes Abrechnung legen. Das Schreiben blieb unbeantwortet. Der Klage des Käufers auf Zahlung des Kaufpreises wurde aber unbedingt stattgegeben. Das Gericht erblickte in dem Briefe des Bestellers das Anerbieten des kommissionsweisen Verkaufes der Waare. Der Käufer war nicht verpflichtet darauf zu antworten, der Empfänger der Waare hatte sich nach Art. 348 H.G.B. zu benehmen. „Hat nun Verklagter gleichwohl ohne eine Antwort des Klägers abzuwarten oder denselben auch nur nochmals von seinem Vorhaben eines Verkaufs in Kenntniss zu setzen, die Waare zum grössten Theile weiter veräußert, so hat er über dieselbe eigenmächtig weiter verfügt und dadurch thatsächlich seine Dispositionsstellung zurückgenommen, denn er hat dem Kläger seine Verfügung über die Waare entzogen. Durch die eigenmächtige Verfügung, hat demnach der Beklagte die Waare als vertragsmässig angenommen.“¹⁴¹⁾ Gewiss ist es, dass hier der

¹⁴⁰⁾ Dalloz 48, II, 175 Nimes.

¹⁴¹⁾ Busch XI, 403 H.A.G. Nürnberg 1866 = Bayer. Zeitschr. XIII, 155.

Wille die Waare als vertragsmässig anzunehmen, weder vorhanden war, noch auch vermuthet werden konnte. Wenn das Gericht in der eigenmächtigen Verfügung die Annahme der Waare erblickte, so konnte dies nicht wegen des gar nicht vorhandenen Annahmewillens, sondern nur aus anderen Gründen geschehen.

Ebenso widerlegt in folgenden Fällen die Begründung der Entscheidung jede Vermuthung des Annahmewillens: „Die theilweise Veräusserung der zur Disposition gestellten Waare wird zwar dadurch zu rechtfertigen gesucht, dass dies zur Deckung der Auslagen geschehen sei, aber eine solche eigenmächtige Selbsthilfe ist im Gesetze nur in bestimmten Fällen gestattet. Die Lieferung muss daher als angenommen gelten, weil der Käufer durch seine Handlung jetzt nicht mehr im Stande ist, die beanstandete Waare zurückzugeben, der Verkäufer aber nicht gehalten werden kann einen Theil der verkauften Waare zurückzunehmen.“¹⁴²⁾ „Die Weiterversendung der (wegen Mängel) nicht angenommenen Waare wird zwar damit zu beschönigen gesucht, dass der Empfänger infolge unausgesetzten Drängens seiner Abnehmer und der langen Verzögerung der Lieferung genöthigt gewesen sei, sofort nach Erhalt der Fakturen derartige Instruktionen zu geben, dass die Waare von seinem Spediteur nur nachgewogen und nach Musterziehung ohne Aufenthalt weiter versendet werde; allein dies vermag das Verfahren des Empfängers nicht zu rechtfertigen, denn wenn derselbe die Waare an seinen Kunden sofort versandte, so hat er sich damit selbst ausser Stande gesetzt, die Waaren zurückzugeben und somit auf Nachlieferung einer vertragsmässigen Waare zu klagen.“¹⁴³⁾ Aehnlich entschied auch das Obertribunal Berlin: „Die Versendung der beanstandeten Waare an die Kunden, für welche sie bestellt worden, ist eine Akzeptation derselben. Das Stillschweigen des Verkäufers auf den Brief, welcher die Versendung anzeigte, ist nicht eine Billigung dieser Handlung, welche diese Rechtsfolgen auszuschliessen geeignet wäre. Es liegt auch auf Seiten des Verklagten (des Käufers) kein solches Interesse vor, welches diesen nach dem Verkehrsgebrauche hätte berechtigen können eine ausdrückliche Antwort des Beklagten auf den unbegründeten Vorbehalt zu fordern, welcher er der Mittheilung jener vollendeten Thatsache beigefügt hatte. Denn eine Antwort, wenn sie ablehnend lauten würde, würde auf das Ver-

¹⁴²⁾ Busch XXV, 7 H.A.G. Nürnberg 1867.

¹⁴³⁾ Busch XL, 292 Nürnberg 1875.

halten des Beklagten keinen erheblichen Einfluss mehr zu äussern vermocht haben, da der letztere nicht mehr in der Lage war, die Versendung ungeschehen und die damit übernommene Verpflichtung rückgängig machen zu können.“¹⁴⁴⁾

Auch der Wiener Oberste Gerichtshof hat seine Entscheidungen in ähnlicher Weise begründet. Eine Zuckerfabrik hatte Riemen bestellt. Die Riemen, die ihr geschickt wurden, waren höchst mangelhafte Waare und wurden zur Disposition gestellt; da sie der Fabrik jedoch angeblich so unentbehrlich waren, dass sie nur die Wahl hatte, den Betrieb einzustellen oder die Riemen zu verwenden, so hatte sie sich für das letztere entschieden. Hiebei hat sie die Riemen theilweise zusammennieten müssen, viele auch ganz verbraucht. Diese Handlungsweise soll nun die Zurdispositionsstellung unwirksam gemacht haben und es wurde daher die Fabrik zur Bezahlung des Preises verurtheilt, da „die Zwangslage, in welcher sich die beklagte Firma befunden haben soll, nur ihrem eigenen Verschulden beizumessen wäre, indem es ihre Sache war, zur Vermeidung der Betriebseinstellung einen Vorrath an Reserveriemen bereit zu halten.“¹⁴⁵⁾ Eine Fabrik, die das ihr auf Bestellung gelieferte Oel bemängelte, sah sich veranlasst, dasselbe in ihr gehörige Oelständer umzustürzen, da die Fässer, in denen das Oel sich befand, infolge der Hitze zu schweissen begannen, und dadurch eine Quantitätseinbusse entstehen konnte. Die Bemängelung wurde als zurückgezogen betrachtet, da die Waare nicht mehr im früheren Zustand zurückgestellt werden konnte und dieses durch die Gesellschaft verschuldet wurde, welche das Schweissen der Fässer durch Antreiben der Fassreifen hätte beseitigen können.¹⁴⁶⁾

Die Begründung der beiden ersten Entscheidungen ist beinahe gleichlautend und man darf wohl mit Rücksicht darauf, dass dieselben durch einen Zeitraum von mehreren Jahren getrennt sind, annehmen, dass sie einer konstanten Praxis des Nürnberger Handelsappellationsgerichts entspricht. In allen genannten Entscheidungen wird aber aus der Weiterversendung, dem Verbrauche, der Weiterveräußerung der Waare auf die Genehmigung der Qualität derselben geschlossen, trotzdem der Annahmewillen nicht nur nicht erwiesen, sondern gerade-

¹⁴⁴⁾ Goldschmidt XVII, 271 Berlin 1870

¹⁴⁵⁾ A.C. VI, 1072 (1883).

¹⁴⁶⁾ A.C. VIII, 1398 (1888).

zu ausgeschlossen erscheint: in den beiden Nürnberger Entscheidungen erbrachte der Käufer den Beweis, dass er die Weiterver- sendung bzw. Weiterveräußerung nicht deswegen vornahm, weil er die Waare genehmigt hätte, sondern damit andere, an sich berechnigte Interessen wahrte, von den beiden österreichischen Entscheidungen bezieht sich die eine auf einen Fall, wo der Käufer, indem er die ihm verkaufte Waare verwendete, nur einer Zwangslage nachgab; in dem der anderen zu Grunde liegenden Falle handelte der Käufer vielleicht etwas voreilig, aber jedenfalls nach seiner, selbst objektiv berechtigten Auffassung nur im Interesse des Verkäufers. Die Berliner Entscheidung behandelt endlich einen Fall, wo der Empfänger, nachdem er über die Waare verfügt hatte, dem Käufer einen Brief sandte, der es ausser Zweifel setzte, dass er als negotiorum gestor, nicht als Eigenthümer über die Waare verfügte.¹⁴⁷⁾

Jeder Unbefangene wird zugeben, dass sich mit dem in den Urtheilsgründen referirten Sachverhalte die Annahme des Willens die Waare zu genehmigen psychologisch kaum vereinigen lässt und auch allen Regeln der juristischen Beweiswürdigung widerspricht. Man würde daher erwarten, dass die Urtheilsgründe den Sachverhalt anzweifeln oder zum mindesten die daraus gezogenen Schlüsse eingehend widerlegen, — und es muss sehr überraschen, dass auch hier die Entscheidungsgründe diesen, vom Standpunkte der herrschenden Lehre offenbar höchst wichtigen Punkt als ganz nebensächlich behandeln, die kaum zweifelhafte Thatsache, dass der Empfänger nicht den Willen hatte, die Waare zu genehmigen, gar nicht berühren, theilweise sogar direkt zugeben, aber dabei nie länger verweilen, sondern im Grunde genommen von etwas anderem handeln: die Nürnberger Entscheidungen führen aus, dass die Zwangslage, in die der Verkäufer selbst den Käufer durch die Verzögerung in der Versendung versetzte „das Verfahren desselben nicht zu rechtfertigen vermag,“ dass die eigenmächtige Selbsthilfe im Gesetze nur in bestimmten Fällen gestattet ist; der österreichische O.G.H. weist darauf hin, dass die Zwangslage, in der sich der Käufer der Riemen befand, durch die Nichtbeobachtung der, übrigens mehr als problematischen Verpflichtung, Reserveriemen bereit zu halten, verschuldet

¹⁴⁷⁾ Dagegen allerdings Busch VII, 248 Berlin 1868; obwohl der Fall durchaus analog war, steht diese Entscheidung keineswegs mit dem hier erörterten im Widerspruche, da sie von einem ganz verschiedenen Gesichtspunkte ausgeht: sie betrachtet die Versendung unter solchen Umständen als eine Art Qualitätsprobe.

war, und im zweiten der oben genannten Fälle beruhigt er sich vollständig bei der Erwägung, dass das Umfüllen des Oels durch die Umstände nicht geboten war. Vom Standpunkte der herrschenden Lehre haben diese Begründungen gar keinen Sinn, es kommt nicht darauf an, ob der Empfänger befugt war, so zu handeln, wie er handelte, sondern darauf, ob aus diesen Handlungen der Wille entnommen werden kann die Waare zu genehmigen, die Dispositionsstellung zurückzuziehen; da der Schluss aus den Handlungen auf einen solchen Willen in dem in Rede stehenden Falle ausgeschlossen erscheint, so hätten die Gerichte im entgegengesetzten Sinne entscheiden müssen, denn „was nicht gewollt ist, das ist bei Delikten nicht zurechenbar, bei Willenserklärungen ist es überhaupt nicht, es ist nichtig.“¹⁴⁸⁾

Vollständig unzulässig wäre es, diese Praxis etwa durch die Heranziehung der Grundsätze der Erklärungstheorie begründen zu wollen. Die Erklärungstheorie will den guten Glauben des Oblaten schützen, der sich auf die Erklärung verlassen durfte: eine Erklärung, die dem Willen des Erklärenden nicht entspricht, soll so ausgelegt werden, wie sie vom anderen Theile aufgefasst werden muss. Welche war hier die Erklärung auf die sich der Oblat verliess? Was erweckte in ihm den guten Glauben, der nun zu schützen wäre? Es ist ja im vorhinein klar, dass es gar keinen Sinn hat, mit irgend welchen der Erklärungstheorie entlehnten Argumenten zu operiren, wo eine Erklärung dem anderen Theile gegenüber überhaupt nicht vorliegt.

Zu den auf künstlichen Konstruktionen und Fiktionen des Willens beruhenden Entscheidungen rechne ich auch jene, in welchen die Existenz des Willens bloß deswegen angenommen wird, weil sonst die Handlungsweise des Oblaten als deliktisch (*dolos*, *culpos*, wider Treu und Glauben verstossend) erscheinen würde. Dass es psychologisch durchaus unrichtig ist, den Willen, eine Offerte anzunehmen, deswegen zu vermuthen, weil man sonst in der Handlungsweise des Oblaten ein Delikt erblicken müsste, ist eine sehr triviale Wahrheit. Jedermann weiss, dass ein grosser Prozentsatz unserer Mitmenschen es nicht verschmäht aus fremdem Schaden Nutzen zu ziehen und dass sie keineswegs immer für den Nutzen, den sie ziehen, bezahlen wollen. Man kann diesem ihrem Willen jede rechtliche Be-

¹⁴⁸⁾ Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäfte S. 377.

deutung absprechen, man kann unter Umständen sagen, sie seien gerade so verpflichtet zu bezahlen, wie sie verpflichtet wären, wenn sie den Willen zu bezahlen hätten, aber man kann nicht sagen, sie sind verpflichtet, weil sie den Willen haben: denn sie haben ihn eben nicht. An sich hindert uns jedoch gar nichts in einem Delikt ein Delikt zu erblicken, an sich zwingt uns gar nichts, aus einem Delikt mit Hilfe einer durch die Umstände nicht im mindesten gebotenen Unterstellung rechtsgeschäftlicher Absicht ein Rechtsgeschäft zu machen. Hat es schon jemand versucht die dolose oder kulpöse Beschädigung einer feilgebotenen Sache als Annahme der Kaufofferte zu konstruieren? Gewiss nicht: jeder sieht auf den ersten Blick hin, dass hier nicht ein Rechtsgeschäft, sondern ein Delikt vorliegt. Warum soll die Sache sich anders verhalten, wenn jemand über die ihm zum Kaufe angebotene Waare eigenmächtig verfügt? Ist dies ein Delikt, so sollen die Rechtsfolgen des Delikts, nicht eines Rechtsgeschäfts eintreten.

Die Argumentation: der Oblat hat die Offerte angenommen, da er sonst nicht befugt gewesen wäre, über die ihm angebotene Waare zu disponiren, ist daher offenbar so lange haltlos, als die Möglichkeit vorhanden ist, dass er über die Waare verfügt hat, ohne hiezu befugt zu sein. Seine Handlungsweise ist rechtswidrig, aber sie ist vom Standpunkte der herrschenden Lehre nicht die Annahme einer Offerte, und so lange die Annahme der Offerte nicht sonst irgendwie erwiesen wird, ist kein Grund vorhanden, nicht die Rechtsfolgen rechtswidrigen Handelns, sondern die Rechtsfolgen einer angenommenen Offerte eintreten zu lassen. Dies hat das Reichsgericht einmal sehr klar ausgesprochen: „Es handelt sich nicht darum, ob die Beklagte befugt war, die von ihr der Klägerin zur Verfügung gestellten, von ihr in Verwahrung genommenen Ballen zu öffnen. Eine durch rechtswidriges Verhalten in dieser Beziehung begründete Entschädigungsforderung steht nicht in Frage. Vielmehr handelt es sich darum, ob in der Oeffnung der Ballen die stillschweigende Willenserklärung zu finden sei, die Waare als gekauft anzunehmen.“¹⁴⁹⁾

Wird daher derjenige, der über eine ihm angebotene Waare verfügt, nicht zum Schadenersatze, sondern zu der vom Offerenten beanspruchten Gegenleistung verurtheilt, so kann diese Verpflichtung unmöglich auf ein Verschulden des Oblaten gegründet werden.

¹⁴⁹⁾ Gruchot XXX, 452 R.G. 1885.

Andererseits steht aber der Versuch, eine offenbar nicht-deliktsche Verpflichtung auf ein Delikt zurückzuführen, keineswegs vereinzelt da. Ist doch in neuerer Zeit vielfach mit Recht darauf hingewiesen worden, dass wir stets geneigt sind, eine Schuld als Deliktschuld aufzufassen, solange wir für sie nicht eine andere hinreichende Entstehungsursache finden. Ist es der modernen rechtsvergleichenden Forschung gelungen, den Nachweis zu führen, dass zahlreiche heute zweifellos rechtsgeschäftliche Obligationen in der Urzeit des Rechts auf Ansprüche aus Delikten zurückgeführt wurden, so hat Jhering den Ergebnissen dieser Untersuchungen vorgreifend, nicht bloß für das römische Recht diesen Ursprung der Vertragsverbindlichkeit, sondern auch das Fortwirken dieses Gedankengangs in historischer Zeit dargelegt, wo immer die Idee einer neuen Obligatio zu keimen beginnt.¹⁵⁰⁾

Wenn daher zahlreiche gerichtliche Erkenntnisse zur Begründung der Verpflichtung des Oblaten das Schuldmoment heranziehen, so ist dies psychologisch allerdings unrichtig, insofern dadurch die Existenz des rechtsgeschäftlichen Willens erwiesen werden soll, rechtlich unzulässig, da die Pflicht zur Leistung dessen, was der Offerent als Gegenleistung beanspruchte, nicht auf einem Verschulden des Mitkontrahenten, sondern nur auf einem Vertrage beruhen kann; es erklärt auch nicht eine ganze Reihe von Erkenntnissen, in denen weder von einem Verschulden noch von einem Annahmewillen des Oblaten die Rede ist. Allein die Heranziehung des Schuldmoments ist eine Erscheinung, die durch den Entwicklungsgang der Idee der kontraktlichen Verpflichtung vollständig verständlich wird.¹⁵¹⁾

Wenn aber andere Erkenntnisse zur Begründung der Verpflichtung des Oblaten das Willensmoment heranziehen, so thun sie es mit kaum in Betracht kommenden Ausnahmen in so dürftiger Weise dass ihre Beweiskraft schon dadurch erheblich abgeschwächt wird. Der Richter hat stets das natürliche Bestreben seinen Spruch als den

¹⁵⁰⁾ Jhering, Abhandlungen S. 195 ff.; vergl. ferner Pernice, *Labeo* I, 423 ff., namentlich S. 437, aber auch *ibid.* II, S. 106 ff., 255 ff. Ubbelohde, *Zur Geschichte der benannten Realkontrakte*. Marburg und Leipzig 1870, S. 45. — Aehnlich *c. 5 ad S.C. Vell.* 4, 29; *c. 62 si res aliena* 8, 15, fr. 16, § 1 *praeser. verb.* 19, 5; fr. 6 *de obl.* 39, 5; die Entwicklung von fr. 19 *de dolo* 4, 3 zu fr. 38, § 4 *de sol.* 46. 3.

¹⁵¹⁾ Noch in der neuesten Zeit versucht Schlossmann, *Vertrag* S. 319 ff. den Deliktsstandpunkt zur Konstruktion der Vertragsobligatio zu verwerthen, freilich ohne sie als solche gelten zu lassen. — Dass die Anhänger der sogenannten

allgemeinen Grundsätzen des positiven Rechts gemäss hinzustellen: darin finden diese Entscheidungen genügende Erklärung. Aber auch abgesehen hievon wird damit noch eine ganze Reihe von Erkenntnissen nicht erklärt, in denen von einem Annahmewillen des Oblaten ebensowenig wie von einem Verschulden desselben die Rede ist. Direkt widerlegt wird der Versuch, diese Entscheidungen auf den Annahmewillen zu gründen, durch die Thatsache, dass in derselben Weise auch in Fällen entschieden wird, in denen der Annahmewillen unmöglich vorhanden sein kann.

Dieses negative Ergebniss der Untersuchung wird durch eine eingehende Betrachtung jener Handlungen, welche die Verpflichtung des Oblaten erzeugten, bestätigt. Diese Handlungen sind namentlich folgende:

1. vor allem gänzlicher Verbrauch des real angebotenen Gegenstandes der Offerte,
2. ein die Substanz der angebotenen Sache verletzender Gebrauch derselben,
3. seltener ein die Substanz der Sache nicht verletzender Gebrauch derselben,
4. hie und da die blosse Entgegennahme der angebotenen, das Behalten der empfangenen Leistung über die vereinbarte Zeit hinaus oder trotz erfolgter Aufforderung zur Rückgabe.

Sucht man nach einem gemeinsamen Merkmale dieser Handlungen, so wird man es gewiss nicht in dem deliktischen Charakter derselben finden; denn einzelne dieser Handlungen haben überhaupt keinen deliktischen Charakter, andere können ihn nur unter besonderen Umständen annehmen. Noch weniger könnte dieses gemeinsame Merkmal darin gefunden werden, dass diese Handlungen Indizien des Annahmewillens sind. In dieser Beziehung müsste schon der Umstand befremden, dass Handlungen dieser Art und nur dieser Art als Indizien des Annahmewillens aufgefasst werden. Warum findet sich auch nicht ein Fall, wo auf den Annahmewillen aus etwaigen privaten Aufzeichnungen, aus einem bei der Berathung mit dritten Personen gefassten Entschlusse, aus Vorkehrungen, die der Oblat zur Empfangnahme der Leistung getroffen hat, geschlossen

Erklärungstheorie stets vom Deliktsstandpunkte ausgehen und auf denselben den grössten Nachdruck legen, wurde von Jhering bereits bemerkt: vergl. Bähr in Jhering's Jahrbuch XIV, S. 407; Hartmann in Jhering's Jahrbuch XX, S. 47.

worden wäre? Warum wurde dem Umstande, dass der Besteller einer Waare sie der Zollbehörde als sein Eigenthum deklariert hat, keine Bedeutung beigemessen?¹⁵²⁾ Warum wurde die vom Agenten an die Aktiengesellschaft erstattete Anzeige, dass die von einem Dritten brieflich bestellte auf Namen lautende Aktie diesem verkauft wurde, nicht als Annahme der Bestellung aufgefasst?¹⁵³⁾

Das gemeinsame Merkmal dieser Handlungen kann also in der That weder in deren deliktischem Charakter noch darin, dass sie auf einen bestimmten Willen hinweisen, gesucht werden. Es liegt darin, dass alle diese Handlungen Aneignungshandlungen sind, dass sie in der realen Aneignung der real angebotenen Leistung bestehen. Allerdings müssen auch diese Handlungen, wie jede bewusste menschliche Handlung vom Willen begleitet sein, aber dieser Wille ist nicht der Annahmewille, sondern der Aneignungswille.¹⁵⁴⁾

Die Aneignung besteht hier in einer Verfügung über den Gegenstand der realen Offerte, einer Verfügung, zu welcher der Oblat wohl befugt wäre, unter der Voraussetzung, dass er die Offerte bereits angenommen hätte, die sich aber, wenn er nicht die Absicht hat, die Offerte anzunehmen, als unbefugter eigenmächtiger Angriff in eine fremde Rechtssphäre darstellt. Daher werden als Aneignung solche Handlungen nicht angesehen, welche nach ausdrücklicher Vereinbarung oder kraft der Usance ohne Präjudiz vorgenommen werden dürfen. So ist die Fortsetzung des Pachtverhältnisses dann keine Verlängerung des Pachtvertrages, wenn die Parteien bei Vertragsabschluss die *reconductio tacita* ausdrücklich ausgeschlossen haben.¹⁵⁵⁾ Ebenso konnte auch darin keine Annahme einer unbestellten Weinsendung erblickt werden, dass der Adressat sich auf Bitten des Kutschers ent-

¹⁵²⁾ Seuffert V, 121 Kiel 1846.

¹⁵³⁾ G.U. III, 1106 (1860).

¹⁵⁴⁾ Vergl. Hölder S. 208 ff. — Viel weiter scheint Bekker, System § 102 ff. zu gehen. Er führt Fälle an, in denen der Oblat die unbestellt übersandten Zigarren nicht behalten will, aber sie aufbraucht, indem er sie in grober Fahrlässigkeit mit anderen verwechselt; wo der Empfänger unbestellter Waare dieselbe *dolos* zerstört oder verderben lässt. Hier liegt nicht bloß kein Annahmewille, was auch Bekker anerkennt, sondern auch kein Aneignungswille vor. Wenn Bekker behauptet, man werde geneigt sein, den Oblaten auf Zahlung des in der Offerte benannten Preises haften zu lassen, so kann ich bloß entgegen, dass ich keine Entscheidung gefunden habe, die auf einen solchen Thatbestand gegründet wäre. Dies zeugt wohl dafür, dass man nicht einmal geneigt ist, auf Grund eines solchen Thatbestandes Klagen auf Gegenleistung einzubringen. Im-

schloss, dieselbe einstweilen einzukellern.¹⁵⁶⁾ Könnte es schon an sich bezweifelt werden, ob das bloss einkellern unbestellten Weines als Aneignung in Betracht kommt, so ist hier noch zu berücksichtigen, dass der Kutscher als ermächtigt betrachtet werden muss, im Nothfalle für die einstweilige Aufbewahrung der vom Adressaten nicht angenommenen Waare zu sorgen, dass daher das Verhalten des Kutschers im konkreten Falle der Waarensendung die Bedeutung einer Realofferte benahm. — Ohne Präjudiz können ferner Handlungen vorgenommen werden, welche blos die Untersuchung erleichtern oder ermöglichen sollen: die Herausnahme aus den Verpackungen und Wegnahme der Etikette,¹⁵⁷⁾ das Eröffnen der Ballen,¹⁵⁸⁾ das Oeffnen des Sackes, in dem die Waare enthalten war, „wo nichts weiter zu sehen ist, als der Entschluss die gemachten Offerten in Erwägung zu ziehen“, sind keine Annahme unbestellter Waare.¹⁵⁹⁾ Eine Genehmigung enthält auch nicht die Dirigirung der Waare an einen anderen Bahnhof desselben Ortes, „wo die Untersuchung leichter hätte vorgenommen werden können“,¹⁶⁰⁾ die Abholung der Waare vom Bahnhofe während der Vertragsunterhandlungen,¹⁶¹⁾ der Verbrauch eines Theils der Waare zur Probe: der Theil darf nicht zu gross sein,¹⁶²⁾ doch darf man dem Käufer nicht zumuthen, sich auf das Allernothwendigste zu beschränken.¹⁶³⁾ Als eine Art der Quali-

merhin spricht Striethorst XCVII, 89 (1876) gegen Bekker: der Empfänger unbestellter Waare, welcher sie nicht annahm, sondern den Versender zu deren Abholung aufforderte, und als dies aber nicht geschah, an einen Ort stellte, wo sie leicht gestohlen werden konnte, und auch thatsächlich gestohlen worden ist, wurde nicht zur Zahlung des Kaufpreises, sondern nur zum Schadenersatze wegen Vernachlässigung der Pflichten des Inhabers verurtheilt.

¹⁵⁵⁾ Sächs. XIII, 347 (1854).

¹⁵⁶⁾ Schw. XII, 14 O.G. Luzern 1867.

¹⁵⁷⁾ Busch XXX, 157 München 1871 = B.H.G. I, 34.

¹⁵⁸⁾ Gruchot XX, 452 R.G. 1882.

¹⁵⁹⁾ Busch XVI, 95 Eisenach 1867.

¹⁶⁰⁾ Busch XXII Nürnberg 1865; XXV, 385 Eisenach 1868; ähnlich R.O.H.G. XVI, 249 (1875).

¹⁶¹⁾ Busch III, 394 ff. Dresden (Jahr?); dagegen XXXIX, 210 A.G. Zwickau 1877.

¹⁶²⁾ Braun und Blum IV, 310 (1881); zur Prüfung der Keimfähigkeit der Gerste 361 Zentner verbraucht, 60—80 Zentner hätten genügt: dies präjudizirt; vergl. R.O.H.G. XVI, 321 (1875).

¹⁶³⁾ R.O.H.G. XXII, 151 (1877); vier Kilo Tabak verbraucht, ein Kilo hätte genügt; ähnlich A.C. IV, 707 (1876).

tätsprobe betrachtet das O.T. Berlin den Verkauf von wenigen Pfunden des beanstandeten Käses, wodurch der Empfänger sich erst die Ueberzeugung von der Unverkäuflichkeit desselben verschaffte, „da dadurch nicht die dem Empfänger bei der Gewährleistung nach § 327, I, 5 A.L.R. obliegende Rückgabe der Sache in dem Zustande, wie er sie erhalten hat, unmöglich gemacht wird, insofern er nur dazu sich erboten hat die gebrauchten Pfunde zu ersetzen.“¹⁶⁴⁾ Auch die probeweise Inbetriebsetzung der gekauften Maschine,¹⁶⁵⁾ ja sogar die Versendung der (verspätet gelieferten) Waare durch den Empfänger an seine Kunden wird von demselben Gerichte gewissermaassen als Qualitätsprobe aufgefasst und daher darin keine Genehmigung der Verspätung erblickt, wenn nur die Dispositionsstellung rechtzeitig erfolgte: „Das Rücktrittsrecht darf nicht davon abhängig gemacht werden, dass der Beklagte, welcher mit der beim Kläger bestellten Waare seine Kunden hat versorgen wollen, nicht den Versuch gemacht habe, ob diese Kunden die Waare der verspäteten Sendung ungeachtet hätten noch annehmen wollen.“¹⁶⁶⁾

Damit im Zusammenhange steht auch die Praxis der Gerichte, welche Engroshändlern gestattet, Waaren, die in Umhüllungen Gegenstand des Handelsverkehrs sind, ohne Präjudiz untersucht weiter zu veräussern, falls eine Untersuchung ohne Beschädigung der Umhüllungen nicht möglich ist, mit Rücksicht auf eine allerdings bestrittene und angefochtene Usance.¹⁶⁷⁾ Erkennt man die Usance an, so muss man annehmen, dass kraft derselben in jedem Verkauf unter den angegebenen Umständen zugleich die Vereinbarung liegt, die Waare dürfe ohne Untersuchung weiter veräußert werden, dass daher in der Weiterveräußerung keine eigenmächtige Aneignung erblickt werden wird. Verschickt aber der Verkäufer selbst die Waare infolge eines ohne Untersuchung der Qualität ertheilten Auftrags des Käufers

¹⁶⁴⁾ Striethorst XII, 195 (1854).

¹⁶⁵⁾ Goldschmidt XII, 273 Berlin 1866.

¹⁶⁶⁾ Busch VII, 248 Berlin 1868; dagegen Busch XXV Nürnberg 1867; XL, 292 Nürnberg 1875; Goldschmidt XVII, 271 O.T. Berlin.

¹⁶⁷⁾ Busch IX, 432 Dresden 1866; Seuffert XIV, 130 Kiel 1860; dagegen Seuffert XXXI, 266 R.O.H.G. 1873 (Untersuchung, wenn auch nicht aller, so doch einzelner Packete oder Colli sei immer möglich: da der Käufer annehmen kann, dass die Waare gleichförmig ist, so kann er sich auf Grund einer solchen Untersuchung auch ein Urtheil über die ganze Waare bilden). Ebenso Busch XIII, 240 O.H.G. Stuttgart 1867; XXX, 228 Nürnberg 1872: die Usance widerspreche dem Art. 347 H.G.B. — A.C. II, 218 (1868).

an einen Dritten, so hat er eben dadurch zu dieser Versendung seine Zustimmung ertheilt und kann sie nicht mehr als eigenmächtige Verfügung, daher als Qualitätsgenehmigung ausgeben.¹⁶⁸⁾

Die Aneignung muss eine reale sein. Unter den zahlreichen oben angeführten Beispielen befand sich auch nicht ein einziges, in welchem die blosse wörtliche Aneignung genügt hätte, um die Rechtsfolgen einer Annahmeerklärung zu erzeugen. Auch die Weiterveräußerung erzeugt dieselben nur dann, wenn sie mit einer körperlichen Hingabe namentlich mit einer Weiterversendung verbunden ist; nicht genügen würde hiezu beispielsweise der blosse Kaufvertrag, der über die Waare mit einem Dritten abgeschlossen wurde. Regelsberger fragt: „Wird der Miether eines Hauses, welcher einen Theil desselben in Aftermiethe, und zwar ausdrücklich über seine vertragsmässige Miethezeit hinaus, gegeben hat, hiedurch seinem Vermiether verpflichtet? Kann dieser daraufhin die Behauptung gründen, dass die Miethe stillschweigend auf eine der vorigen gleiche Zeitdauer erneuert worden ist?“¹⁶⁹⁾ Niemand zweifelt, dass die Frage verneint werden muss. Der blosse Abschluss eines Aftermiethevertrages über die vertragsmässige Miethezeit hinaus, ist eben keine reale, sondern bloss eine wörtliche Aneignung der Leistung.

Die Aneignung der angebotenen Leistung zieht also, selbst wenn sie nicht Ausdruck des Annahmewillens ist, dieselben Rechtsfolgen nach sich, wie die ausdrückliche Willenserklärung und bildet neben der letzteren die zweite Quelle vertragsmässiger Rechtsfolgen. Wir sind heute freilich gewohnt rechtsgeschäftliche Folgen blos durch rechtsgeschäftliche Willenserklärungen begründet zu sehen. Aber der rechtsgeschäftliche Wille ist historisch keineswegs die einzige treibende Kraft vertragsmässiger Berechtigung und Verpflichtung: er hat sich vielmehr allenthalben neben der Form und der res, die beide lange Jahrtausende ohne Rücksicht auf den Willen Verpflichtungen erzeugten, in's System der Real- und Formalkontrakte mühsam den Weg gebahnt, und dass er im modernen Rechte nicht die einzige treibende Kraft ist, dürfte sich aus dem Vorstehenden ergeben.¹⁷⁰⁾

¹⁶⁸⁾ Busch V, 430 Dresden 1864; IX, 365 Nürnberg 1865 = Bayr. Zeitschr. XII, 295; Busch XI, 273 Berlin 1873.

¹⁶⁹⁾ Regelsberger, Zivilistische Erörterungen 1. Heft, S. 11.

¹⁷⁰⁾ Vergl. auch Hölder, Pandekten S. 213 ff., namentlich S. 217.

Es wurde soeben auf die Realkontrakte hingewiesen. Nun kann darüber allerdings kein Zweifel bestehen, dass hier eine Gestaltung vorliegt, die weder mit dem römischen, historischen, noch mit dem heutigen, dogmatischen Begriffe des Realkontraktes etwas gemein hat. Der historische Begriff der Realkontrakte des römischen Rechts hängt mit der Unverbindlichkeit des blossen Consensus zusammen, er ist zugleich mit dieser obsolet geworden. Der dogmatische Begriff des Realkontraktes hat sich aber aus dem historischen entwickelt und ist nur durch diesen verständlich: es ist der Vertrag, bei welchem Realleistung Qualitätserforderniss des Vertrages ist.¹⁷¹⁾ Auch ein solcher liegt hier nicht vor.

Man kann aber sowohl dem historischen als auch dem dogmatischen Begriff der Realverträge den morphologischen Begriff entgegensetzen. Kraft Vorschrift des positiven Rechts waren in Rom gewisse Verträge unverbindlich, wenn sie nicht zugleich vollzogen wurden; kraft Vorschrift des positiven Rechts können im modernen Rechte gewisse Rechtsfolgen nur eintreten, wenn der Vertrag mit der Hingabe und Hinnahme des Vertragsgegenstandes verbunden ist. Aber wenn man die Gestaltung des äusseren Vertragsabschlusses (Hingabe und Hinnahme des Vertragsgegenstandes) allein in Betracht zieht, so überzeugt man sich, dass sich dieselbe nicht bloß bei jenen Verträgen findet, bei welchen sie Giltigkeitserforderniss war und Qualitätserforderniss ist. Und wenn man es als eine Aufgabe der Rechtswissenschaft ansieht, die äussere Gestaltung der sozialen Institute, der rechtlich relevanten Vorgänge des Verkehrslebens, festzuhalten und unter allgemeine Gesichtspunkte zu bringen, so wird

¹⁷¹⁾ Adler, Realkontrakt und Vorvertrag S. 13 ff. — Auch Adler kann den Realvertrag nur durch historische Argumente rechtfertigen S. 12 und 13 „denn blosser Konsens ohne Realleistung ist zwar auch ein Vertrag, aber nicht dieser Vertrag.“ Warum bezeichneten die Römer aber das durch den blossen Konsens begründete Rechtsverhältniss beim Trödevertrag oder beim Tausch mit demselben Ausdrücke, wie das durch die Hingabe begründete rechtsverbindliche Verhältniss, nicht aber beim mutuum oder pignus? Waren die Gründe auch „begrifflich?“ — Wahr ist es allerdings, dass der Konsensualkontrakt auch dann für beide Theile eine Verpflichtung ex contractu erzeugt, wenn der Käufer mit falschem Geld bezahlte, während ein Darlehen unter denselben Umständen ungiltig wäre. Diese verschiedene Behandlung hat jedoch mit dem Gegensatze zwischen Real- und Konsensualkontrakte nichts zu thun, der Unterschied besteht nur zwischen dem Darlehen und den anderen Verträgen und auch dieser ist nur nominell. Das Darlehen mit falschem Gelde ist allerdings ungiltig, aber bloß wegen wesentlichen Irrthums, ebenso wie etwa die Bezahlung des Kaufpreises mit falschem Gelde.

man ihr das Recht nicht bestreiten können, die Verträge nach der Form der Vertragsschliessung, also vom rein morphologischen Standpunkte aus, zum Gegenstande wissenschaftlicher Erörterungen zu machen, ganz abgesehen davon, dass die verschiedenen äusseren Gestaltungen des Vorganges wohl auch auf die rechtliche Beurtheilung zurückwirken müssen.¹⁷²⁾

Vom morphologischen Standpunkte aus sind Realverträge Verträge, welche in der Weise zu Stande kommen, dass von der einen Seite eine Leistung angeboten und hierfür zugleich eine Gegenleistung beansprucht, von dem Oblaten aber die angebotene Leistung in Kenntniss des Anspruchs auf Gegenleistung entgegen genommen wird.¹⁷³⁾ Es unterliegt nun keinem Zweifel, dass der Oblat in der Regel wirklich den Willen hat, für die Leistung, die er sich angeeignet hat, die beanspruchte Gegenleistung zu gewähren, dass er

¹⁷²⁾ Wenn Kniep *Praescriptio u. Pactum* S. 73 behauptet, in klassischer Zeit hätte sich die Zahl der benannten Realverträge um die *actio aestimatoria* und die *permutatio* vermehrt, so ist dies selbstverständlich bloss vom Standpunkte des historischen Begriffs des Realvertrages von Interesse (blosser Consensus ist unverbindlich, es muss noch die *res* hinzutreten). Den dogmatischen Begriff des Realvertrages (gewisse Verträge können nur *re* zu Stande kommen, so lange die *res* nicht hinzugetreten ist, ist die Vereinbarung ein anderer Vertrag, wird von anderen Regeln beherrscht), vertheidigen die meisten Schriftsteller: Unger, Windscheid, Hofman, Schey, Adler u. a. m. Sie unterscheiden sich eigentlich nur dadurch, wie sie diese Eigenthümlichkeit jener Verträge erklären. Den morphologischen Standpunkt vertheidigen Bekker, Kohler und Bähr, wohl auch Brinz, Eisele und Enneccerus:] Jeder Vertrag kann heutzutage *re* oder *consensu* abgeschlossen werden, er ist in anderer Weise und mit verschiedener Wirkung geschlossen, je nachdem er *re* oder *consensu* zu Stande kam. Diesen Standpunkt halte ich für den fruchtbarsten ohne jedoch leugnen zu wollen, dass das positive Recht (z. B. das österreichische Recht: Schey, *Darlehen* S. 116 ff.) bestimmen kann, gewisse Verträge dürften nur *re* zu Stande kommen, bis dahin lägen nur (verbindliche) Vorverträge vor, die andere Wirkungen hätten wie die Verträge selbst. Für solche Rechte ist der dogmatische Begriff allerdings der verwerthbarste. Dagegen entstehen in einem solchen Falle ganz analoge Verpflichtungen, wie bei jedem anderen Verträge, vor allem die Verpflichtung zur Hingabe eines Darlehens in echtem Gelde, unter Umständen Schadenersatzpflicht etc. — Dass also zwischen Darlehen etc. und Consensualverträgen ein Unterschied besteht, soll nicht geleugnet werden: dieser lässt sich aber stets darauf zurückführen, dass die Römer, und wir ihnen folgend, erst den mit der Hergabe verbundenen Vertrag und nicht die blosser Uebereinkunft Darlehen nannten.

¹⁷³⁾ Vergl. auch Enneccerus, *Rechtsgeschäft* II, S. 499 ff. Hartmann, *Arch. f. civ. Pr.* LXXII, S. 172 ff. Eisele, *Zeitschrift f. schweiz. Recht* N. F. Bd. III, S. 20 ff.

diesen Willen durch die Aneignung der angebotenen Handlung zum Ausdruck bringen, oder, falls er schon früher mit dem Offerenten eine Einigung getroffen hat, neuerdings bethätigen will. Daher sind alle jene Fälle, in denen das Rechtsgeschäft durch blosses Ansichnehmen einer Leistung zu Stande kam, wenn dieses Ansichnehmen in Gegenwart der anderen Partei, also dieser gegenüber stattfand, im ersten Kapitel dieser Schrift behandelt werden: denn in allen diesen Fällen lag in dem Ansichnehmen eine dem anderen Theile gegenüber geschehene (ausdrückliche) Erklärung, oder sie konnte wenigstens darin liegen. Dies ist auch der normale Fall, den die Quellen, so oft sie von benannten und unbenannten Realverträgen sprechen, allein in Betracht ziehen, und der mit seltenen Ausnahmen überall dort vorliegen dürfte, wo die Annahme der angebotenen Leistung dem anderen Theile gegenüber geschieht; es ist dann eine ausdrückliche Annahme der Vertragsofferte vorhanden. Die Ausführungen über die ausdrückliche Willenserklärung boten wohl in genügender Anzahl Beispiele für diese Art der Annahme des Vertragsantrages. Nicht destoweniger soll darauf hingewiesen werden, dass auch dort zweifellos häufig genug nicht die in dem Ansichnehmen enthaltene Erklärung, sondern die darin liegende Aneignung das eigentlich wirksame Moment war. Wenn ich beispielsweise um einen bestimmten Preis feilgebote Waare mir aneigne und gleichzeitig dem Eigenthümer erkläre, dass ich dafür gar nichts zahlen will, so werde ich zweifellos zur Bezahlung des Preises, um den sie feilgebote wurde, verurtheilt werden, obwohl ich den Willen, diesen Preis zu bezahlen weder hatte, noch auch erklärte. Die Aneignung wirkt auch hier, obwohl der Geschäftswille zweifellos fehlte.

Viel klarer ist dies aber bei den hier in Betracht kommenden Handlungen. Wollte man sie mit der herrschenden Lehre bloß als Willenserklärungen gelten lassen, so müsste man annehmen, dass sie dieselbe rechtliche Wirkung haben, wie die Willenserklärung durch Worte. Allein die Annahme des Vertragsantrags in dieser Form, die reale Annahme (Annahme durch Aneignung) unterscheidet sich dadurch von der wörtlichen Annahme, dass sie eine beträchtlich stärkere Wirkung hat, als diese. Sie wirkt eben durch das Gewicht der vollendeten That- sache. Es wäre müßig, an dieser Stelle darauf hinzuweisen, welche Bedeutung die vollendete That- sache, die Hingabe und Hinnahme der Leistung, auf die geschichtliche Entwicklung der obligatorischen Verträge ausübte; an dieser Stelle erst des Näheren auszuführen, dass wäh-

rend langer Entwicklungsperioden des Rechts, über welche insbesondere das römische Recht nie herausgekommen ist, der nudus consensus in der Regel keine verbindliche Kraft hatte, wenn nicht die Vertragsobligation von der einen oder anderen Seite erfüllt worden ist. Aber dieselbe Erscheinung tritt uns auch im modernen Rechte entgegen, so selten sie auch hier beachtet wird. Schon bei Erörterung der ausdrücklichen Willenserklärung wurde erwähnt, dass imperfekte Verträge dann als perfekt behandelt werden, wenn sie von der einen oder der anderen Seite erfüllt worden sind; wir finden also auch heute noch Fälle, wo der blosser Consensus zu schwach gewesen wäre, nicht genügt hätte, eine obligatorische Verpflichtung zu begründen, Fälle wo eine solche erst entsteht, wenn zum Consensus noch die res, die Leistung und Annahme der Leistung, hinzukommen. So behandelte das Reichsoberhandelsgericht einen einseitig erfüllten Kauf als gültig, obwohl bei dem Abschlusse die Zeit und die Modalitäten der Zahlung wohl zur Sprache gebracht, eine Einigung aber nicht erzielt worden ist. „In der Regel,“ wird ausgeführt, „werden durch den Mangel des Einverständnisses über die in den Bereich der Verhandlungen gezogenen Gegenstände Verträge allerdings vereitelt. Ganz anders verhält es sich aber, wenn die Kontrahenten, der mangelnden Einigung über jene Nebenpunkte ungeachtet, durch die Uebergabe der Waare auf der einen und die Empfangnahme und sogar Verwendung auf der andern Seite einen Kauf (thatsächlich) zur Vollziehung gebracht haben. Soweit ein Einverständniss nicht zu Stande gekommen ist, haben sie sich den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen (Art. 342, Abs. 3 H.G.B. § 1095 sächs. B.G.B.), wonach der Kaufpreis bei der Uebergabe zu entrichten ist, unterworfen.“¹⁷⁴⁾ Ebenso eine Entscheidung des A.G. Eisenach: „Der Vertrag, wodurch jemand eine solche Quantität von seinen Vorräthen an Weizen, Körnern und Gerste, als er davon würde entbehren können verkauft, enthält einen rechtlich wirksamen Kaufvertrag um deswillen nicht, weil es an einem genügend bestimmten Kaufobjekte fehlt, indem es beim Mangel des Anhalts dafür, was Verkäufer von jenen Vorräthen an Weizen, Korn und Gerste für sich selbst bedürfte, ungewiss bleibt, wie viel er davon entbehren könnte, mithin als unverkauft anzusehen ist. Auf diese Unwirksamkeit des ursprünglichen Vertrages kommt jedoch dann nichts an, wenn der Käufer

¹⁷⁴⁾ R.O.H.G. I, 31 (1870) = Sächs. XXXV, 239.

Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung.

durch wirklich erfolgte Lieferung bzw. Empfangnahme gewisser Quantitäten zur Bezahlung des vereinbarten Kaufpreises für diese Quantitäten verpflichtet wird.“¹⁷⁵⁾

Dieselbe Erscheinung finden wir im Art. 1338 des Code Napoléon. Dieser Artikel knüpft im ersten Absatze die Giltigkeit der ausdrücklichen Genehmigung unverbindlicher Rechtsgeschäfte an recht strenge Voraussetzungen; im zweiten Absatze spricht er von der Genehmigung durch *exécution volontaire* und fordert für diese nichts mehr, als dass sie zu einer Zeit stattfinde, wo das ungiltige Rechtsgeschäft hätte bestätigt oder genehmigt werden können, ohne die im ersten Absatze angegebenen Voraussetzungen einer ausdrücklichen Genehmigung zu erwähnen. Alle diese Voraussetzungen: *la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision et l'intention de réparer le vice, sur lequel cette action est fondée*, sind übrigens von der Art, dass sie bei einer blossen Vollziehungshandlung nicht gut vorhanden sein können. Die Doktrin verlangt daher blos, dass dem, welcher die Verbindlichkeit erfüllt hat, die Mängel und Gebrechen derselben bekannt seien,¹⁷⁶⁾ so dass hiernach die Verbindlichkeit eines vollzogenen Rechtsgeschäfts von wesentlich geringeren Voraussetzungen abhängt, als die eines nicht vollzogenen. Dies wird auch von französischen Gerichten vielfach ausgesprochen; so begründet das Gericht die Annahme, dass ein gesetzlicher Erbe, welcher vom Testamentserben ein ihm in einem anfechtbaren Testamente hinterlassenes Legat annimmt, dadurch das Testament genehmigt, selbst wenn er von der Anfechtbarkeit bei der Annahme keine Kenntniss hatte, mit den bemerkenswerthen Worten: *l'exécution volontaire parle assez haut pour s'imposer à la justice et importe à plein droit la déchéance de toute exception ultérieure; la déclaration formelle, qu'en exécutant on renonce à tout attaque contre l'acte exécuté n'ajouterait rien à l'autorité du fait même de l'exécution.*¹⁷⁷⁾

¹⁷⁵⁾ Busch XVI, 102 A.G. Eisenach 1864; vergl. auch R.O.H.G. XIII, 94 (1874).

¹⁷⁶⁾ Zachariae II, § 339; Windscheid, *Zur Lehre des Code Napoléon* S. 187, Note 55.

¹⁷⁷⁾ Dalloz 66, II, 162 Bastia. Gegen die hier behauptete Verbindlichkeit der *exécution* (selbst im Falle, wenn dem Vollziehenden die Anfechtbarkeit der *Obligatio* nicht bekannt war), allerdings die herrschende Meinung, vergl. Dalloz Note 2 und 3 zur zitierten Entscheidung a. a. O. ferner: Dalloz 58, II, 42 Colmar 1857; 63, II, 53 Dijon.

Diese Bedeutung der Vollziehung wurde endlich auch in der Literatur anerkannt, in den seltenen Fällen, in welchen sich dieselbe mit dieser Frage überhaupt beschäftigt. So sagt Regelsberger von der Erfüllung des Vertrages vor der verabredeten Beurkundung desselben: „Geschieht die Erfüllung im Bewusstsein der mangelnden Vollendung und ist sie eine vollständige, das ist bei zweiseitigen Verträgen eine beiderseitige,¹⁷⁸⁾ so liegt darin eine stillschweigende Aufhebung der in der formellen Vertragseinigung abgeschlossenen Uebereinkunft, Erhebung des unvollendeten Geschäfts zum vollkommenen. Die Erfüllung enthält also zwei sonst auseinander liegende Rechtsakte: Begründung des Vertrags und Tilgung entsprechender Forderungen.“¹⁷⁹⁾

Ebenso ergibt es sich aus sehr zahlreichen oben angeführten Entscheidungen, dass die mangelnde Vereinbarung des Kaufpreises oder Miethzinses der Verbindlichkeit des Kaufs und der Miethe nie entgegensteht, wenn der Vertrag schon erfüllt wurde, wohl aber so lange dieses nicht der Fall ist. Nur dann heisst es, dass der Vertrag *comme n'ayant pas pu recevoir son complément essentiel restera sans effet*.¹⁸⁰⁾

In dieser Beziehung ist also der Thatbestand, der in den soeben besprochenen Fällen vorliegt, durchaus analog jenem, den wir bei den römischen Realkontrakten finden: der Consensus, der an sich nicht ausreichen würde, um eine rechtliche Verbindlichkeit zu erzeugen, erhält hier die Kraft dadurch, dass die vereinbarten Leistungen wenigstens von einer Seite ausgeführt wurden: und dies beweist wohl zur Genüge, dass heute noch, wie einst in Rom die reale Leistung und Annahme der Leistung eine bedeutend grössere Kraft besitzt, als die blosse Willenserklärung. Vergl. Nachtrag.

Auch in den Fällen des Realabschlusses der Verträge durch Aneignungshandlungen finden wir nun dieselbe Ueberlegenheit der realen Leistung und realen Annahme über die blosse wörtliche Annahme. Sie tritt hier in zwei Erscheinungen hervor. Vor allem darin, dass der Mangel des Willens den angebotenen Vertrag abzuschliessen weiter nicht in Betracht kommt, wenn der Vertrag nicht etwa blos durch Worte zu Stande kommt, sondern der dem angebotenen Ver-

¹⁷⁸⁾ Gilt bei einseitigen Verträgen nicht dasselbe, mindestens für den Theil, der erfüllt hat? Und für den Theil, der die Erfüllung entgegennahm?

¹⁷⁹⁾ Regelsberger: Erörterungen Heft I, S. 160 ff.

¹⁸⁰⁾ Dalloz *Vo. Louage*, No. 104.

trage entsprechende Zustand durch Leistung des Gegenstandes desselben einerseits und Aneignung der Leistung andererseits hergestellt wird; und es wird derjenige, der sich eine ihm angebotene Leistung aneignet, schon dadurch allein, ohne Rücksicht auf seinen Willen, verpflichtet, das zu leisten, was dieser als Gegenleistung beansprucht: er unterwirft sich schon dadurch allein dem Gebote des anderen Theils, der *lex rei suae dicta*. Ein besonderer Unterwerfungswille, — der Ausdruck Wille im Sinne der herrschenden Lehre genommen, — ist nicht erforderlich, es genügt der Aneignungswille, die bewusste Aneignung einer angebotenen Leistung in Kenntniss des Umstandes, dass der Offerent für die angebotene Leistung eine Gegenleistung beansprucht. Eine blosse Konsequenz dieser Irrelevanz des Willens ist die Bedeutungslosigkeit der ausdrücklichen Erklärung des entgegengesetzten Willens, der *protestatio facto contraria*. Während derjenige, der da sagt: ich kaufe diese Waare, aber ich will dafür gar nichts zahlen, eine sinnlose und daher auch rechtlich bedeutungslose Erklärung abgibt, muss derjenige, der die ihm zugesandte Waare verbraucht, den dafür beanspruchten Preis bezahlen, selbst wenn er gleichzeitig an den Absender geschrieben hätte, er wolle gar nichts zahlen: dort ist die Annahmeerklärung nichtig, hier die Verwahrung. Sehr klar ist dieser Gedanke in der Begründung einer Nürnberger Entscheidung zum Ausdrucke gebracht worden: „Auch angenommen die Dispositionsstellung sei eine berechtigte und auch formell entscheidende gewesen, so hat die Beklagte dieselbe dadurch aufgehoben, dass sie dem Kläger die Herausgabe der Maschine später verweigerte; die Detention der Waare, die Weigerung diese Detention aufzugeben, schliesst faktisch jede freie Verfügung, jedes andere (hier des Verkäufers) Recht über die Waare aus: die Waare ist ihm daher von dem Detentor (hier dem Käufer) nur mit Worten aber nicht in der That zur Disposition gestellt, das Recht des Verkäufers, frei nach seinem Gutdünken über dieselbe zu verfügen, ist illusorisch gemacht.“¹⁸¹⁾ Die wörtliche Erklärung in ihrem Verhältnisse zur thatsächlichen Aneignung ist hier genau abgewogen und zu leicht befunden.

Zweitens erklärt die stärkere Wirkung der Aneignung im Ver-
gleiche mit der ausdrücklichen Willenserklärung auch die auf den

¹⁸¹⁾ Bayr. H.G. I, 261 Nürnberg 1872.

ersten Blick hin so befremdende Erscheinung, dass hier eine dem anderen Theile gegenüber abgegebenen Erklärung entbehrlich ist. So unlogisch es auch wäre, dem aus Indizien erkennbaren Willen grössere Bedeutung beizumessen, als der ausdrücklichen Willenserklärung, so begreiflich es auch ist, dass die Schriftsteller, die sich hierüber ausgesprochen haben, nicht entschieden genug dagegen Stellung nehmen konnten, so schwinden doch alle Bedenken, wenn man in Betracht zieht, dass es sich hier nicht um eine durch blosser Willenserklärung, geschweige denn durch stillschweigende Willenserklärung erzeugte, sondern um eine durch die Aneignung begründete Rechtswirkung handelt.¹⁸²⁾

Die moderne Rechtswissenschaft sträubt sich allerdings sehr energisch dagegen, einer anderen Handlung als der Erklärung des rechtsgeschäftlichen Willens rechtsgeschäftliche Wirkungen zuzuerkennen. Doch zeigt die von neueren aufgestellte, an sich ganz berechnete, aber derzeit allerdings verschwommene Kategorie der Realobligationen,¹⁸³⁾ dass die Annahme von Verbindlichkeiten, welche sich ausschliesslich auf eine durch menschliche Handlungen bewirkte Verschiebung zweier Vermögensmassen gründet, gar nichts Unerhörtes ist. Kann durch *inaedificatio*, *plantatio*, in den verschiedenen Fällen ungerechtfertigter Bereicherung (mit Einschluss der modernen Fälle derselben, durch die Wirkung des Publizitätsprinzips)¹⁸⁴⁾ infolge der realen Zueignung eines fremden Vermögensobjektes ausserhalb eines jeden Vertragsverhältnisses eine obligatorische Wirkung begründet werden, warum sollte dies dort nicht möglich sein, wo dieses Vermögensobjekt zur Aneignung geradezu angeboten wurde? Will man sich nicht entschliessen, in solchen Thatbeständen Verträge zu erblicken, so muss man annehmen, dass Verbindlichkeiten dieser Art auch ohne Vertrag entstehen können. Mit Recht bemerkt daher Bekker: „mag man immerhin daran festhalten, dass ein Vertrag nur durch zwei einander entsprechende Willen zu Stande kommen kann, im-

¹⁸²⁾ Ebenso wie die Aneignung ist auch die auf eine über ein Rechtsgeschäft aufgenommene Urkunde gesetzte, das Rechtsgeschäft betreffende Erklärung insofern wirksamer, als die ausdrückliche Erklärung, als sie auch dann gilt, wenn sie nicht dem anderen Theile gegenüber geschieht. Hier wirkt neben dem Gewicht der vollendeten Thatsache der Umstand mit, dass die Erklärung die Verkörperung des Geschäfts, die Urkunde, trifft (vergl. oben S. 108).

¹⁸³⁾ Bekker, System § 95. Wlassak, Zur Geschichte der *negotiorum gestio* S. 63, Note 2.

¹⁸⁴⁾ Exner, österr. Hypothekenrecht S. 101.

merhin wäre dann irgendwie auszudrücken, dass vertragsmässige Rechtsfolgen auch durch gewisse andere Thatbestände (Nichtverträge) ins Leben gerufen werden könnten, namentlich durch gewisse Verbindungen von Willenserklärungen mit Naturalakten.“¹⁸⁵⁾ Diese Konsequenz ist wohl nicht abzuweisen.

In der That ist es nicht die durch die Aneignung begründete Verbindlichkeit als solche, sondern die Natur derselben, was die Besonderheit des Falles ausmacht. Während sonst die Aneignung eines fremden Vermögensobjektes bloß die Verpflichtung zum Ersatze des Werthes oder der Bereicherung begründete, entsteht hier die Verpflichtung zur Gewährung der beanspruchten Gegenleistung. Dieser Unterschied in der Art der Obligation beruht aber eben auf dem einzigen Unterschied zwischen den Verhältnissen, aus welchen die Obligationen entspringen. Dort lag die reale Aneignung einer Leistung ausserhalb jedes Vertragsverhältnisses, hier liegt die reale Aneignung einer angebotenen Leistung vor.

Wie ist nun die Stellung dieser Kategorie von Verbindlichkeiten im Rechtssysteme näher zu bestimmen? Die nahe Verwandtschaft zwischen Ansprüchen aus Realverträgen und Kondiktionen wurde häufig bemerkt.¹⁸⁶⁾ Ganz dieselbe Verwandtschaft finden wir auch hier. Man kann wohl sagen: die Klagen, um die es sich hier handelt, sind Bereicherungsklagen, aber kondiziert wird nicht die Bereicherung selbst, sondern die für die Bereicherung beanspruchte Gegenleistung. Und gerade diese Eigenthümlichkeit ist hier selbstverständlich. Derjenige, dem eine Leistung für eine Gegenleistung angeboten wurde, würde sich ja gerade um den Betrag der beanspruchten Gegenleistung bereichern, wenn man ihm gestatten würde, die Leistung zu behalten und die Gegenleistung vorzuenthalten. Insofern aber eine bestimmte Gegenleistung weder beim Vertragsabschlusse ausdrücklich verlangt, noch mit Rücksicht auf die Usance durch Interpretation ermittelt werden kann, nähert sich der Anspruch dem Bereicherungsanspruche auch seinem Charakter nach: der Aneignende ist dann verpflichtet, den Werth des angeeigneten Objektes als Gegenleistung zu gewähren.

¹⁸⁵⁾ Bekker, System II, § 96; Beil. IV; ähnlich Rümelin, Das Selbstkontrahiren des Stellvertreters S. 18 ff.

¹⁸⁶⁾ Hofmann, Die Entstehungsgründe der Obligatio S. 59 ff.; Wlassak, Zur Geschichte der neg. gest. S. 63 ff.; Schey, Das Darlehen S. 41, 91, No. 28 und die dort zitierten; vergl. auch Mommsen, Erörterungen II, S. 97.

Nun ist die Grenze zwischen Realobligation und Realvertrag — und dies muss nachdrücklichst hervorgehoben werden — naturgemäss höchst unbestimmt und schwankend. Die Zurückführung des Bereicherungsanspruchs auf eine stillschweigende Obligatio findet sich schon in den Quellen,¹⁸⁷⁾ und spielt auch bei den Modernen bis auf die neueste Zeit eine gewisse Rolle: andererseits entstehen aus rechtsgeschäftlichen Verhältnissen Obligationen, die wohl nur als Vertragsobligationen aufgefasst werden können, sich aber sehr wesentlich von der Vertragsobligation unterscheiden und der Realobligation nähern. Ich erwähne beispielsweise einen Fall, welcher einer sächsischen Entscheidung vorlag. Eine bis dahin stets vermietete Wohnung wurde vom Beklagten unter Widerspruch des Hauseigenthümers bezogen und mit dessen Duldung jahrelang behalten. Der Zuspruch des allerdings „Entschädigung für die Nutzungen der Wohnung“ genannten Entgeltes in der Höhe des ortsüblichen Miethzinses wurde in der Entscheidung damit begründet, dass „nach allgemeinen Grundsätzen das Leisten zu einer Gegenleistung dann verpflichtet, wenn solches kraft eines Gewerbes, ohne dass eine Schenkung präsumirt werden kann, gewährt worden ist.“¹⁸⁸⁾

In dieselbe Kategorie gehören auch Entscheidungen, in welchen es sich um Miether oder Pächter handelt, die nach Ablauf der Mieth- oder Pachtzeit mit der Benutzung des Objekts fortfahren, unter Umständen, die die Annahme einer stillschweigenden Verlängerung des Mieth- oder Pachtvertrages ausschlossen: Ein Miether verblieb in der Wohnung nach beendigter Miethzeit und erfolgter Aufkündigung. Der Hauseigenthümer verlangte Entschädigung in der Höhe des Miethzinses für den entsprechenden Zeitraum. Der Miether bot allerdings Entschädigung an, verlangte jedoch ordnungsmässige Substanzirung des Schadens. Der Klage wurde aber aus dem Grunde stattgegeben, weil der Vermiether wohl einen höheren Schadenersatz fordern dürfte, als der Miethzins beträgt, mindestens aber diesen fordern kann, und der Vermiether, der statt das Miethlokal zu räumen, willkürlich in dessen Besitz bleibt, wenigstens hiermit seinen Willen kundgiebt, das Miethverhältniss fortzusetzen. „Er muss sich wenigstens von diesem Standpunkte aus behandeln lassen,

¹⁸⁷⁾ Fr. 13, § 2 comm. v. c. 13. 6.

¹⁸⁸⁾ Seuffert XXI, 46, O.G. Wolfenbüttel 1863.

und darf sich nicht beklagen, wenn lediglich der Miethentschädigung derjenige Maassstab zu Grunde gelegt wird, über den sich die Parteien vertragsmässig geeinigt haben.“¹⁸⁹⁾ In zwei durchaus analogen Fällen entschied das O.A.G. Dresden in derselben Weise. Das eine Mal dahin, dass der Verpächter bei widerrechtlicher Zurückbehaltung des Pachtobjektes durch den Pächter ohne Erneuerung des Pachtvertrages das Recht hat, nach Verhältniss der Zeit, während welcher die pachtweise Benutzung fortgesetzt werde, „wenigstens einen Zins in der Höhe zu fordern, wie er bei dem letzten in die Dauer des Pachtvertrages fallenden Termin gewesen ist.“¹⁹⁰⁾ Die zweite Entscheidung bezog sich auf einen Miethvertrag, der die stillschweigende Verlängerung ausdrücklich ausschloss. Trotzdem verurtheilte das Gericht den Pächter, welcher die Benutzung nach Ablauf der Pachtzeit fortsetzte zur Bezahlung einer Entschädigung: für dieselbe sei „vielleicht ohne weiteres aus dem früheren Pachtgelde ein angemessener Maassstab zu finden.“¹⁹¹⁾

Selbstverständlich kommen derartige Fälle nicht blos bei der *locatio conductio rei* vor, wenn sie auch hier wohl am häufigsten sind. Folgende Entscheidung betrifft wahrscheinlich einen Kauf, vielleicht auch eine *locatio conditio operis*: Gegen den Eigenthümer eines Hausdrittels wurde die Klage eingebracht auf Bezahlung eines Drittels des Preises, welcher vom Kläger mit den beiden anderen Eigenthümern der übrigen Hausdrittel für die von ihm hergestellten Reparaturen vereinbart wurde. Der Klage wurde stattgegeben. „Nachdem die Nothwendigkeit der Reparaturen und die Angemessenheit der Preise ausser Zweifel steht, die Eigenthümer der beiden übrigen Hausdrittel die Arbeiten bestellt und einen angemessenen Preis hierfür zugestanden haben und diese Arbeiten nur eine die ordentliche Hausverwaltung betreffende Angelegenheit sei, so muss der Beklagte der von der Mehrheit der Theilnehmer getroffenen Vereinbarung sich fügen.“¹⁹²⁾

Alle diese Erkenntnisse (bis auf das letzte) sprechen konsequent

¹⁸⁹⁾ Seuffert XXVII, 24 O.A. München 1871.

¹⁹⁰⁾ Sächs. XXVII, 24 (1860).

¹⁹¹⁾ Sächs. XIII, 347 (1854). Anders Dalloz 76, I, 28: Nach Ablauf des Pachts von Staatsländereien ersuchte der Pächter um Verlängerung desselben, diese wurde ihm nicht bewilligt. Hiedurch sei die stillschweigende Verlängerung ausgeschlossen, obwohl er noch einige Zeit im Besitze desselben verblieb.

¹⁹²⁾ G.U. VII, 3446 (1869). Vergl. allerdings § 833 österr. B.G.B.

nicht von Pacht- oder Miethzins, sondern von einer Entschädigung für die Benutzung. Dagegen ist selbstverständlich nichts einzuwenden: der Pacht- und Miethzins ist der in einem Vertrage vereinbarte Entgelt für die überlassene Benutzung einer Sache; wo man vom Vertrage nicht reden will, kann man auch von einem Pacht- bzw. Miethzins nicht sprechen. Das Interessante ist dabei jedoch, dass sich die angebliche Entschädigung von dem Pacht- oder Miethzinse eigentlich kaum durch etwas anderes unterscheidet, als durch den Namen, dass ihr alle Merkmale sowohl eines Schadensersatzanspruches als auch des Bereicherungsanspruches fehlen.

Der Schadenersatzanspruch besteht in dem Anspruch „auf Ersatz des Nachtheils, welcher in der Vermögenslage einer Person infolge einer positiven oder negativen Thatsache eingetreten ist.“¹⁹³⁾ Hier lehnen es die Gerichte aber im Vorhinein ab, auf die Frage einzugehen, ob durch Benutzung der Wohnung ein solcher Nachtheil für den Eigenthümer entstanden ist, und bestimmen auch die Höhe des Ersatzes gar nicht nach der etwaigen Höhe des Schadens. Noch weniger kann von einem Bereicherungsanspruch die Rede sein: bei diesem käme es, wie die Quellen richtig hervorheben, darauf an, non quanti locari potuit sed quanti tu conducturus fuisses.¹⁹⁴⁾ In den besprochenen Fällen wurde aber weder darnach gefragt quanti locari potuit, noch darnach quanti tu conducturus fuisses, sondern der bisherige vertragsmässige Zins wird als quasi vereinbart behandelt. Obwohl hier also offenbar nicht eine Vertragsobligation, sondern eine Realobligation vorliegt, so wird doch für die Höhe derselben ein Moment als massgebend erklärt, welches sonst doch nur bei der Bemessung der Höhe der Vertragsobligationen in Betracht kommt.

Ein Widerspiel der bisher erörterten Fälle bildet die Leistung persönlicher Dienste mit Rücksicht auf die bevorstehende Ehe,¹⁹⁵⁾ oder auf eine in Aussicht gestellte letztwillige Zuwendung etc.¹⁹⁶⁾ Wenn in solchen Fällen demjenigen, welcher die Dienste geleistet hat, eine Entschädigung zugebilligt wird, so kann man doch unmöglich dieselbe irgendwie auf die Parteiabsicht zurückführen. Dienste, welche in der Erwartung geleistet wurden, dass sie der Empfänger, sei es durch die Heirath vergelten, sei es durch eine Zuwendung auf Todesfall

¹⁹³⁾ Windscheid II, § 257.

¹⁹⁴⁾ Fr. 65, § 7 de cond. indeb. 12. 6.

¹⁹⁵⁾ G.U. XXII, 10423 (1888).

¹⁹⁶⁾ Seuffert VIII, 130 Kiel 1841; G.U. XV, 6639 (1877).

sich erkenntlich erweisen wird, sind in der That geschenkt; die Erwartung ist nichts als ein juristisch irrelevanter Beweggrund. Vom Standpunkte der herrschenden Lehre sind daher jene Entscheidungen viel begründeter, welche in derartigen Fällen annehmen, die Dienste seien unentgeltlich geleistet.¹⁹⁷⁾ Wenn jedoch die entgegengesetzte Anschauung sich trotzdem Bahn bricht und auch in der Theorie Anhänger findet,¹⁹⁸⁾ wenn sie offenbar die einzige ist, welche das Rechtsgefühl befriedigt, so zeugt dies wohl dafür, dass die Willens- theorie nicht genügt, um allen Erscheinungen des Vertragsrechts gerecht zu werden: denn jene Vergütung, auf welche der Geschäftswille gerichtet war, ist hier juristisch unmöglich (nicht erzwingbar), jene, welche beansprucht und zugebilligt wird, liegt ausserhalb der Richtung des Geschäftswillens.

Die Lösung des Problems liegt auf einem ganz anderen Gebiete. Wir sind so sehr daran gewöhnt, die Erscheinungen, die uns im Leben entgegentreten, zu klassifiziren, dass wir nachgerade bei jeder Erscheinung, mit der wir uns beschäftigen, im Vorhinein voraussetzen, dass sie in eine der von uns dem Leben vorgezeichneten Schablone hineinpasst, und sich von allen Erscheinungen, die wir wo anders eingeschachtelt haben, auf das schärfste abhebt. Diese Auffassung ist aber eine durchaus verkehrte. In der Natur — und auch die Vorgänge des Geschäftsverkehrs sind „Natur“ — giebt es keine scharfen Grenzen, wie es keine mathematische Linie in der Natur giebt, jede Erscheinung ist mit anderen verwandt durch eine unendliche Kette von Uebergängen verbunden; die Zwischenglieder unterscheiden sich von einander so unmerklich, dass sich dies dem Auge des Forschers entzieht: aber so verschwindend auch der Unterschied zwischen den nächstverwandten Erscheinungen sein mag, die unterscheidenden Merkmale zweier Erscheinungen häufen sich immer mehr, je mehr Zwischenglieder sie von einander trennen, so dass man wol bei den einzelnen Zwischengliedern, nicht aber bei den durch Zwischenglieder

¹⁹⁷⁾ Seuffert VIII, 259 Jena 1832; XXI, 47 Wolfenbüttel 1852; Sächs. XXV, 72 (1863); vergl. auch Seuffert XIII, 154 Kiel 1857: Klage auf Vergütung von persönlichen Diensten wurde zurückgewiesen, mit Rücksicht auf die zahlreichen einen angemessenen Lohn weit übersteigenden Geschenke, namentlich aber mit Rücksicht darauf, dass wenigstens bei der letzten Schenkung von 3000 Mk. vom Schenkgeber ausdrücklich erklärt wurde, „die Klägerin dadurch für ihre Dienste lohnen zu wollen.“

¹⁹⁸⁾ Hartmann, Arch. f. civ. Pr. LXXII, S. 242 ff.

getrennten Grundformen in Zweifel sein kann, zu welcher Art und Spezies sie gehören.¹⁹⁹⁾

In der Lehre von den Entstehungsgründen der Obligatio bilden solche Denkschablonen, in welche wir womöglich alles einzuschachteln suchen: der Vertrag und das Delikt. So haben schon die Römer die Obligationen nach diesen zwei Entstehungsgründen unterschieden; und als es nicht mehr anging, die Mannigfaltigkeit des Lebens in diese Kategorien zu pressen, liessen sie noch obligationes quasi ex contractu und quasi et maleficio zu, welche sich schon äusserlich als Uebergänge von der einen Gruppe zur anderen darstellen und in der That zum Theile Merkmale der einen in abgeschwächter Form, zum Theile schon einzelne Merkmale der anderen Gruppe tragen.²⁰⁰⁾

Ebenso wenig können die Kategorien der Entstehungsgründe der Obligatio, die man heute aufzustellen geneigt ist: Vertrag, Delikt, res, von einander scharf gesondert werden. Das Leben, das sich um diese Kategorien nicht kümmert, bringt täglich neue Erscheinungen hervor, die sich als Zwischenglieder zwischen Vertrag und Delikt, Vertrag und res, res und Delikt darstellen.²⁰¹⁾ Und so hatten wir es im Vorstehenden mit Zwischengliedern zwischen Vertrag und res zu thun.

Der Vertrag überträgt als „übereinstimmende Willenserklärung“ ein Gut aus dem Vermögen des einen Theils in das Vermögen des andern Theils und verpflichtet den Empfänger zur Gegenleistung. Die res bedeutet den Uebergang eines wirthschaftlichen Gutes aus dem Vermögen des einen Theiles faktisch in das Vermögen des andern Theiles ohne jeden von der einen oder der andern Seite darauf gerichteten Willen, und dies verpflichtet den Bereicherten zum Ersatze. Die erste Etappe von dem durch den Consensualvertrag begründeten Anspruch, der die Grundform der Vertragsobligatio ist, zum Bereicherungsanspruch, der Grundform der Realobligatio, bildet der normale Realvertrag, wo zwar ein auf Vermögensübergang und Begründung einer Verpflichtung zur Gegenleistung gerichteter Wille vorhanden ist, aber auch der faktische Vermögensübergang hinzukommen

¹⁹⁹⁾ Vergl. auch Stammler, Arch. f. civ. Pr. LXXIX, S. 99; Pernice Labeo II, S. 106 ff., über die Verwerthung der a. doli.

²⁰⁰⁾ Vergl. Menzel, Anfechtungsrecht S. 23.

²⁰¹⁾ Vergl. die Aufzählung bei Zimmermann, Echte und unechte negotiorum gestio S. 45 ff.

muss. Der real abgeschlossene Vertrag, von dem in diesem Abschnitt der vorliegenden Schrift die Rede ist, kommt durch Leistung und Aneignung der Leistung zu Stande; er unterscheidet sich immerhin einigermassen vom normalen Realvertrag: der Leistende will allerdings sowohl den Vermögensübergang als auch die Verpflichtung des andern Theiles zur Gegenleistung; der andere Theil will hier dagegen blos den Vermögensübergang, und seine Verpflichtung zur Gegenleistung entsteht nicht durch seinen hierauf gerichteten Willen, sondern als Folge des durch Aneignung der angebotenen Leistung verursachten faktischen Vermögensüberganges. Noch mehr nähern sich der Realobligation die beiden letztthin besprochenen Fälle des realen Dienstvertrages: es werden von der einen Seite Dienste geleistet ohne Anspruch auf eine Gegenleistung, aber in Erwartung einer anderweitigen Entlohnung. Der Empfänger, der diese Erwartung selbst erweckt hat, oder sie doch benutzte, um sich die Dienstleistung anzueignen bezw. der Rechtsnachfolger des Empfängers wird verurtheilt, den Werth derselben als Gegenleistung zu vergüten. Endlich wurden noch Fälle erwähnt, wo Jemand sich eine ihm gar nicht angebotene Wohnung aneignete. Wäre er verurtheilt worden, den Werth der Wohnung zu vergüten oder die Bereicherung herauszuzahlen, so läge eine reine Realobligatio vor. Der Umstand jedoch, dass die Verurtheilung zur Zahlung eines Betrages stattfand, der dem vom Eigenthümer bei anderer Gelegenheit verlangten Miethzins gleichkommt, zeigt, dass diese Fälle der Realobligatio mit den Vertragsverbindlichkeiten immerhin innerlich zusammenhängen.

Die Natur des realen Vertragsabschlusses: der Annahme der Kaufofferte durch Verbrauch der Waare, Verlängerung des Miethvertrages durch Verbleiben in der gemietheten Wohnung etc. erscheint damit festgestellt. Es sind dies Uebergangserscheinungen zwischen der Vertragsobligatio und der Realobligatio, speziell zwischen dem Realvertrage und dem Bereicherungsanspruch; die durch sie begründete Obligatio trägt jedoch, wenn ihr auch manche Merkmale einer durch eine ausdrückliche Willenserklärung begründeten Obligatio fehlen, noch deutlich den Charakter einer obligatio ex contractu, sie ist zweifellos den Vertragsverbindlichkeiten beizuzählen. Es ergiebt sich daraus, dass Verträge sowohl durch die ausdrückliche Annahme der Offerte als auch durch reale Aneignung der angebotenen Leistung abgeschlossen werden können. Dem sei aber wie immer, so zweifellos es auch ist, dass der reale Abschluss des Vertrages sich von

dem Abschluss durch ausdrückliche Erklärung in vielen Beziehungen wesentlich unterscheidet, so sehr muss betont werden, dass man der Eigenart dieser Form des Vertragsabschlusses nicht im geringsten gerecht wird, wenn man sie als „stillschweigende Willenserklärung“ bezeichnet.

3. Das Stillschweigen als Willenserklärung.

Die Frage, wann Stillschweigen als Willenserklärung gelte, hat der Praxis kaum je so viel Schwierigkeiten bereitet, wie der Theorie. Während die erstere sich in jedem speziellen Falle zurechtzufinden wusste, ist die Theorie über Allgemeinheiten unfruchtbarster Art nie hinausgekommen. Dies hängt damit zusammen, dass die Praxis immer vor einen einzelnen Fall gestellt ist, der ein bestimmtes konkretes Problem enthält, während die Theorie offenbar mehrere Probleme zusammenwürfelt.

Es ist zunächst etwas wesentlich Verschiedenes, ob es sich um das Stillschweigen unter Anwesenden oder unter Abwesenden handelt. Ob ein Anwesender zugestimmt hat oder nicht, das muss sich aus seinem ganzen Verhalten und den begleitenden Umständen ergeben. Der Richter hat auf Grund der Angaben, die ihm hierüber gemacht werden, zu entscheiden. Dies wurde schon oben erörtert und kommt hier nicht in Betracht; hier kann es sich nur um die Frage handeln, ob das Stillschweigen auf einen brieflich gestellten Antrag als zustimmende oder ablehnende Antwort gelten kann. Auch dieses Problem ist aber kein einheitliches und gehört nur zum Theil an diese Stelle, wir werden ihm in dieser Schrift mehrmals begegnen.

Bevor ich aber an die Erörterung des eigentlichen Problems schreite, kann ich nicht umhin, einen Gesichtspunkt geltend zu machen, der überall hineinspielt, selten aber berücksichtigt wird, und ohne dessen Würdigung ein tieferes Verständniss der hier in Betracht kommenden Fragen kaum möglich sein dürfte. Die meisten Schriftsteller, die sich irgendwie über die Bedeutung des Stillschweigens als Willenserklärung ausgesprochen haben, liessen folgenden Ideengang durchscheinen: Wenn mein Stillschweigen auf eine Frage oder einen Antrag als Bejahung der Frage oder An-

¹⁾ Vergl. auch Delamarre et Le Poitvin, Cours du droit commercial VI, S. 98 ff.

nahme des Antrages gelten soll, so hat Jedermann, der es für gut findet, an mich eine Anfrage oder einen Antrag zu richten, die Macht, mich in eine Zwangslage zu versetzen; er zwingt mich dadurch zu einer Antwort, ich habe gar kein Mittel, ihm nicht zu antworten, ich muss ihm unter allen Umständen ja oder nein sagen, und sage ich ihm gar nichts, so ist dieses Gar nichts, eben ein Ja. Kann man nun dem ersten Besten das Recht geben, seinen Mitmenschen so ganz ohne Weiteres die Pistole an die Brust zu setzen, sie ohne Weiteres zu einer Antwort zu zwingen? Ist das Recht, auf eine ungebetene Frage, auf einen ungebetenen Antrag nicht zu antworten, nicht mehr ein unveräusserliches Recht der Persönlichkeit?²⁾

In der That — will man in dem blossen Stillschweigen eine Antwort sehen, eine bejahende oder eine verneinende, so muss vor Allem feststehen, dass der Stillschweigende nicht das Recht hatte, gar nichts zu antworten, und nicht blos von diesem Rechte Gebrauch gemacht habe. Man mag also die Sache wie immer nehmen, man wird immer zu dem Ergebnisse gelangen, im Stillschweigen könne nur dann eine Willenserklärung erblickt werden, wenn der Stillschweigende zu einer Willenserklärung verpflichtet war.³⁾

Es ergiebt sich aus dem soeben Gesagten ein neuer Grund, warum zwischen dem Stillschweigen unter Anwesenden und unter Abwesenden unterschieden werden muss. Man kann es eben einem Anwesenden viel leichter zumuthen, dass er sich äussere, ein flüchtiges Wort fallen lasse, ja oder nein, oder auch nur sage: er wolle sich überhaupt nicht äussern, — als einem Abwesenden, dass er einen Brief schreibe, ein bleibendes Zeugniß gegen sich ausstelle, und last not least, die Belästigung, die damit verbunden ist, über sich ergehen lasse.

Den Quellen ist die Frage vollständig unbekannt. Stellen, die hie und da hierher bezogen werden, gehören in That und Wahrheit auf ein ganz anderes Gebiet und werden daher am gehörigen Orte besprochen werden. Die Annahme einer Pflicht zur Willensäusserung in gewissen Fällen und die Auffassung des Stillschweigens als Willenserklärung, wenn dieser Pflicht nicht genügt

²⁾ Vergl. z. B. Savigny, System III, § 132. Goldschmidt in seiner Zeitschrift Bd. I, S. 119, 420; Wendt, Reurecht II, S. 79; Mommsen, Erörterungen II, S. 210; Demolombe, Cours de C.N. Bd. XXIV, S. 54.

³⁾ Vergl. Degenkolb, Einlassungszwang S. 20 ff.

worden ist, scheint erst im Mittelalter aufgekommen zu sein, und zwar dürfte da in ziemlich bedeutendem Umfange die Antwortpflicht als Berufspflicht der Kaufleute angesehen worden sein. An einer bekannten Stelle seines Werkes legt Casaregis jedem Kaufmann die Pflicht auf, Aufträge eines anderen Kaufmannes quoad ea quae artem mercatoriam respiciunt anzunehmen, es sei denn dass er triftige Gründe hätte, dieselben abzulehnen; aber selbst dann durfte er von dem Ablehnungsrechte nur Gebrauch machen, wenn es ihm möglich war, den Auftraggeber noch rechtzeitig zu benachrichtigen: diese Lehre bringt ein in Italien zu jener Zeit ganz allgemein anerkanntes Prinzip zum Ausdruck, das, so streng es auch uns Modernen erscheinen mag, doch nichts anderes war als eine Abschwächung des Principis des alten italienischen Handelsrechts, welches die Einschränkungen, die Casaregis macht, nicht kannte und jeden Kaufmann ganz allgemein verpflichtete, kaufmännische Aufträge anzunehmen und auszuführen.⁴⁾

Dieses Prinzip hängt wohl mit den sozialen Verhältnissen im Mittelalter zusammen. Heute dürfte es ganz unbegreiflich erscheinen, dass Jemand verpflichtet sei, dem ersten Besten, der ihn darum angeht, seine Dienste zur Verfügung zu stellen: im Mittelalter war aber eben ein Kaufmann einem Kaufmanne nicht der erste Beste. Der Kaufmannsstand war im Mittelalter ständisch organisirt, die Mitglieder desselben Standes hatten ein starkes Gefühl der Zusammengehörigkeit und begriffen leicht die soziale Pflicht eines Jeden von ihnen, dem Andern einen Dienst zu leisten, wenn es gilt, von demselben ohne besonderen Nachtheil einen Schaden abzuwenden. Die Antwortpflicht war auch eine dieser Verpflichtungen.

Bis in unsere Zeit haben sich schwerlich viele solche Berufspflichten erhalten.⁵⁾ Eines der wenigen Beispiele dürfte das preussische Landrecht und das österr. B.G.B. enthalten.⁶⁾ Das erstere bestimmt, dass Personen, welche zu gewissen Angelegenheiten öffentlich bestellt werden, dieselben nicht anders als aus erheblichen Ursachen, die sie sogleich anzuzeigen schuldig sind, ablehnen können.

⁴⁾ Goldschmidt, Handb. 3. Aufl. I, S. 371, Note 49 u. Text; vergl. Grünhut, Kommissionshandel S. 83 ff.

⁵⁾ P.L.R. I, 13 § 14—17.

⁶⁾ Ueber den Codex Theresianus vergl. Pfaff, Juristische Blätter ex 1885, S. 137.

Der Auftrag gilt als angenommen, wenn er nicht innerhalb der für die Ablehnung von Aufträgen unter Abwesenden bestehenden Frist abgelehnt wird. Dieselbe Rechtsfolge tritt ein, wenn eine Person, welche aus Uebernehmung gewisser Arten von Aufträgen ein Gewerbe macht, einen Auftrag nicht innerhalb dieser Frist ausdrücklich ablehnt.⁷⁾ Das österreichische bürgerliche Gesetzbuch spricht nur von Personen, die zur Leistung bestimmter Geschäfte öffentlich bestellt werden: diese müssen über einen darauf sich beziehenden Auftrag ohne Zögern gegen den Auftragenden sich ausdrücklich erklären, ob sie denselben annehmen oder nicht; widrigenfalls bleiben sie dem Auftragenden für den dadurch veranlassten Nachtheil verantwortlich.⁸⁾ Dieser Paragraph, im Hauptstücke über Bevollmächtigte enthalten, bezieht sich blos auf Aufträge im engsten Sinne, „Anträge zu Mandatsverträgen“ (Thöl), er statuirt aber als Folge des Stillschweigens nicht die Behandlung des Stillschweigens als Annahmeerklärung, wie das preussische Landrecht, sondern blos die Schadenersatzpflicht. Von der praktischen Bedeutung dieser Bestimmung mag der Umstand einen Maassstab abgeben, dass man in den sehr sorgfältig gearbeiteten Indices zu den 25 Bänden der Glaser-Unger'schen Sammlung von Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Wien den § 1003 vergebens suchen würde.

Als einen zweiten Ueberrest des ständischen Prinzips betrachte ich den von der sächsischen Rechtsprechung bis in die jüngste Zeit ziemlich konsequent festgehaltenen Grundsatz, dass ein Kaufmann, der von einem andern Kaufmann unbestellte Waaren mit Verkaufsrechnung geschickt erhält, verpflichtet ist, dieselben in angemessener Frist zur Disposition zu stellen, da sonst sein Stillschweigen als Annahme des in der Zusendung gelegenen Verkaufsangebotes gilt.⁹⁾ Obwohl ich nicht in der Lage bin, anzugeben, wie diese Praxis entstanden ist, so scheint es mir doch zweifellos zu sein, dass man es nicht etwa mit einem handelsrechtlichen Satze im modernen Sinne des Wortes zu thun hatte, sondern mit einem Standesrechte der Kaufleute: dafür spricht schon die Aengstlichkeit, mit der jede Berücksichtigung der wirthschaftlichen Natur des Geschäfts ver-

⁷⁾ § 13—17, I, 13 A.L.R.

⁸⁾ § 1003 österr. B.G.B.

⁹⁾ Sächs. II, 358 (1840); XXII, 586 (1861); XIX, 422 (1859); XXIII 232 (1863); XXV, 246 (1868); XLII, 266 (1874); vergl. Busch I, 235 Dresden 1862.

mieden¹⁰⁾ und die Wirksamkeit des Prinzips auf den engen, sozial am meisten zusammenhängenden Kreis derjenigen Kaufleute eingeschränkt wurde, welche nicht erst durch das Handelsgesetzbuch Kaufleute wurden.¹¹⁾

Auch die Motive der in Rede stehenden Entscheidungen weisen deutlich auf den Ursprung der Praxis in der ständischen Rechtsauffassung hin: in erster Linie werden die Rücksichten betont, welche ein Kaufmann als solcher einem andern Kaufmann schulde. „Immer wird bei solchen Sendungen der Absender von der Voraussetzung ausgehen, dass der Empfänger die Waaren behalten oder doch seine entgegengesetzte Entschliessung baldmöglichst kundgeben werde, damit der Absender nach Befund in den Stand gesetzt sei, in anderer Weise über dieselben disponiren zu können. Der Handelsverkehr würde aber ausserordentlich gehemmt und gefährdet erscheinen, wenn man es ganz dem Belieben des Empfängers anheimstellen würde, ob und wann er den Absender über seine Absicht aufklären will. Es würde dies augenscheinlich mit der für das wesentliche Gedeihen des Handels so nöthigen kaufmännischen Ordnung ganz unvereinbar sein.“¹²⁾

Dieses Prinzip der sächsischen Praxis darf nicht verwechselt werden mit der schon oben erörterten, hie und da hervortretenden Tendenz, in der blossen Empfangnahme der Waare, in der Abholung derselben von der Post etc. eine konkludente Annahme (Aneignung) der Sendung zu erblicken.¹³⁾ Denn nirgends wird in den Entscheidungen der sächsischen Praxis auf die Thatsache der Empfangnahme irgend welches Gewicht gelegt, nirgends wird aus der Empfangnahme auf den Annahmewillen geschlossen, sondern es wird stets als Grund, warum der Empfänger zur Bezahlung des Preises der Waaren

¹⁰⁾ Busch I, 235 Dresden 1862 = Sächs. XXIII, 36; Busch VIII, 84 Leipzig 1864.

¹¹⁾ Busch XV, 405 A.G. Zwickau 1868; XXXIX, 207 A.G. Zwickau 1877. — Ausgeschlossen wurden daher Gastwirth Busch XXXIX, 202 Zwickau 1877; Schneider: Sächs. XXV, 79 (1863); Gastwirth u. Weinändler: Goldschmidt XXIII, 527 Dresden 1869; Sächs. XXXVII, 60 R.O.H.G. (1871): ein Webermeister betreibt einen kleinen Handel. Eine Ausnahme bildet Goldschmidt: XVII, 243 Dresden 1868 = Busch XVIII, 420, welche annimmt, dass auch Nichtkaufleute gehalten sind, unbestellte Waare zur Disposition zu stellen, wenn sie derartige Waare nicht zum Eigengebrauch, sondern für ihr Gewerbe zu beziehen pflegen.

¹²⁾ Sächs. XIX, 422 (1859).

¹³⁾ Vergl. auch dazu A.C. VI, S. 896 (1878).

verpflichtet sei, angegeben, dass er seiner Pflicht zur Dispositionsstellung nicht Genüge geleistet habe.¹⁴⁾

Eine gewisse Opposition scheint sich in Sachsen gegen diesen Grundsatz schon seit langer Zeit geregt zu haben. Das A.G. Dresden benützte die Publizirung des Handelsgesetzbuchs, um ihn in einem Erkenntnisse zu verlassen. „Wie schon der Satz, dass im Verkehr der Kaufleute unter einander der Empfänger unbestellter Waaren, welche ihm mit Verkaufsrechnung zugesendet wurden, durch Unterlassen sofortiger Zurdispositionsstellung derselben zum käuflichen Behalten und Bezahlen der Waare verpflichtet sein soll, vor Eintritt der Wirkung des Handelsgesetzbuchs im Königreich Sachsen keineswegs in unbestrittener Giltigkeit bestand, so ist er auch durch das zuletzt gedachte Gesetz keineswegs zur Geltung gelangt, denn aus den Vorschriften des Art. 318 und 319 H.G.B. ist zu entnehmen, dass ein Antrag zum Abschluss eines Handelsgeschäfts mit Ausnahme von Art. 323 H.G.B. infolge des blossen Stillschweigens nicht als genehmigt, sondern als abgelehnt zu halten sei.“ Die Behauptung, es bestehe ein Handelsgewohnheitsrecht dieses Inhalts, wird durch Hinweisung auf Art. 1 H.G.B. entkräftet.¹⁵⁾ — Das Reichsoberhandelsgericht hatte in einer älteren Entscheidung diese Praxis ohne Bedenken mit Berufung auf den § 96 des sächs. B.G.B. anerkannt.¹⁶⁾ Aber schon in einer anderen Entscheidung aus demselben Jahre bemerkt es unwillig, dass ein Kaufmann seine Zeit zu etwas anderem zu benützen habe, als zudringliche Offerten solcher Art, welche ihn schon ohnehin durch einstweilige Aufbewahrung der zugesendeten Waaren belästigen, abzufertigen.¹⁷⁾ Immerhin wurde auch in dieser Entscheidung mit der sächsischen Praxis noch nicht prinzipiell gebrochen.

Einen vollständigen Bruch mit der sächsischen Praxis vollzog das Reichsoberhandelsgericht einige Jahre später. „Im Königreich Sachsen besteht ein Gerichtsgebrauch, welcher aus zahlreichen sächsischen Urtheilen erhellt und im vorliegenden Falle durch das Urtheil des Appellationsgerichts ebenfalls festgestellt wurde, wonach in der

¹⁴⁾ Anders m. W. nur R.O.H.G. III, 114 (1871), welche demgemäss auch oben im Abschnitte über Realabschluss durch Aneignungshandlungen erörtert wurde.

¹⁵⁾ Busch VIII, 86 A.G. Dresden 1864.

¹⁶⁾ Sächs. XXXVIII, 162 R.O.H.G. 1871.

¹⁷⁾ Sächs. XXXVII, 60 R.O.H.G. 1871.

vorbehaltlosen Annahme einer gehörig fakturirten Waare unter Kaufleuten im Zweifel ein Kaufabschluss gefunden wird. Dieser Gerichtsgebrauch stützt sich auf die Annahme eines Handelsgebrauchs dieses Inhalts. Das Reichsoberhandelsgericht vermag aber einen Handelsgebrauch, welchem zufolge in der vorbehaltlosen Annahme einer gehörig fakturirten Waare für sich allein schon im Zweifel eine Annahme der in der Zusendung der Waare mit Faktura liegenden Offerte, zu kaufen, zu finden sei, nicht anzuerkennen.“¹⁸⁾

Diese Entscheidung ist materiell jedenfalls, wenigstens im Sinne der herrschenden Lehre vom Gewohnheitsrechte oder auch von der Handelsusance — es ist nicht klar, ob das Reichsoberhandelsgericht unter „Handelsgebrauch“ das eine oder das andere versteht — nicht gerechtfertigt, da doch dem Gerichte wohl über den Bestand, nicht aber über die Verbindlichkeit eines dem Gesetze nicht widersprechenden Gewohnheitsrechts ein Urtheil zusteht. Auch dem Reichsoberhandelsgericht stand es nicht zu. Aber der wahre Grund der Entscheidung liegt jedenfalls tiefer. Das Reichsoberhandelsgericht räumte eben mit dem letzten Reste des alten ständischen Handelsrechts auf.

Ebenso wie das Reichsoberhandelsgericht sträuben sich auch die französischen Gerichte dagegen, ein ähnliches Handelsgewohnheitsrecht anzuerkennen: die briefliche Aktienzeichnung sei für den Subskribenten auch ohne jede Annahmeerklärung Seitens der Zeichenstelle oder der Aktiengesellschaft verbindlich. *Il est vrai —* heisst es von dem von der Gesellschaft gestellten Begehren auf Zahlung der gezeichneten Summe — *qu'un usage assez peu établi est dans le sens de ce qui a été pratiqué dans l'espèce mais l'abus ne saurait établir le droit.*¹⁹⁾ Eine andere Entscheidung wird begründet: *attendu que si nul n'est tenu de répondre aux lettres d'offres qu'il reçoit, une jurisprudence ancienne a consacré le principe conforme à l'équité et aux règles générales du droit...*²⁰⁾

Fälle, in denen sonst angenommen worden wäre, dass Stillschweigen auf einen von einem dritten Unbetheiligten zukommenden Antrag oder eine Anfrage Annahme bedeute, sind mir in der neueren Rechtssprechung nicht vorgekommen, und auch die moderne Gesetz-

¹⁸⁾ R.O.H.G. XVI, 132 (1875) = Seuffert XXXI, 264.

¹⁹⁾ Note zu Dalloz 54, II, 139.

²⁰⁾ Dalloz 67, II, 166; ebenso 52, II, 197 Paris; 54, II, 258; vergl. 70, I, 157: Unwirksamkeit der Verständigung des Kunden durch den Banquier, er habe für ihn Aktien gezeichnet und die Einzahlung erlegt.

gebung kennt diesen Grundsatz meines Wissens nicht. Wohl aber wird dies hie und da dann als Grundsatz aufgestellt, wenn zwischen dem Offerenten und Oblaten schon früher ein gewisser geschäftlicher Verkehr vorhanden war, insbesondere wenn eine förmliche Geschäftsverbindung²¹⁾ zwischen ihnen bestand. Die Geschäftsverbindung erzeugt noch heute immerhin ein gewisses soziales Band (die Geschäftsfreundschaft), welches als genügend erachtet wird, um nicht bloß zu Unterlassungen, sondern auch zu Handlungen zu verpflichten.²²⁾

Hierher zähle ich vor Allem einige Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs. Wenn zwischen dem Kaufmann, welchem ein Auftrag gegeben, und dem Auftraggeber eine Geschäftsverbindung besteht oder sich derselbe gegen letzteren zur Ausrichtung solcher Aufträge erboten hat, so ist er zur Antwort ohne Zögern verpflichtet, widrigenfalls sein Schweigen als Uebernahme des Auftrages gilt.²³⁾ So auch das Reichsoberhandelsgericht in folgender Entscheidung: Der Besitzer einer Dampfsäge fragte bei einer anderen Sägemühlenunternehmung an, ob sie zur Ausführung einer dem Briefe beiliegenden Holzliste bereit sei, und erwiderte auf die sofortige zustimmende Antwort derselben, dass noch wegen vortheilhafter Längen mit den Kunden verhandelt werden müsse, der definitive Bescheid werde in einer kurzen (viertägigen) Frist gegeben werden. Die angefragte Dampfsäge gab hierauf erst einen Tag vor Ablauf jener Frist telegraphisch die Antwort, sie habe andere Beschäftigung, könne daher nicht liefern. Die Bestellerin hielt aber daran fest, dass ein definitiver Vertrag vorliege, klagte auf Zuhaltung desselben und siegte ob. Juristisch stellt sich das Verhältniss so dar: durch die zustimmende Antwort des Beklagten ist ein perfekter Vertrag zu Stande gekommen; das Schreiben der anfragenden Dampfsäge, mit welchem sie definitiven Bescheid erst für einen bestimmten Tag versprach, erscheint als Ersuchen, sie trotz des perfekten Vertrages noch nicht als definitiv gebunden anzusehen, jedoch einige Tage im Worte bleiben zu wollen. Nun argumentirt das Reichsoberhandelsgericht folgendermassen: „Die Beklagte konnte darüber nicht mehr im Zweifel sein, dass die Sägewaaren, wegen welcher die Klägerin angefragt hatte, nicht für diese selbst, sondern für einen Dritten bestimmt waren, ferner ersehen,

²¹⁾ Relation d'affaire: Demolombe, Cours de C.N. XXIV, S. 55 ff.

²²⁾ Vergl. Jhering, Zweck im Rechte I, S. 76 ff., namentlich S. 87 ff.

²³⁾ Art. 323 H.G.B.

dass die Klägerin von ihren (der Beklagten) Zusagen bestens Vormerkung genommen habe und auf Grund derselben mit Dritten unterhandele, auch sich im Interesse der Beklagten bemühe, möglichst vortheilhafte Längen bestellt zu erhalten, wozu sie eine Frist in Aussicht nahm. Wollte unter diesen Umständen die Beklagte auch während dieser verhältnissmässig kurzen Frist an ihr Anerbieten nicht gebunden sein, so musste sie dies umgehend erklären.²⁴⁾ Das Gutachten der Sachverständigen in dieser Sache ging dahin, dass nach der in dieser Geschäftsgruppe herrschenden Uebung der Beklagte auf den Brief sofort hätte antworten müssen, wenn er nicht bis zum Schlusse der Frist gebunden bleiben wollte.

Ferner gehört hierher auch wohl eine Entscheidung des Reichsgerichts, aus deren Begründung sich freilich der ihr zu Grunde liegende Sachverhalt nur ungenügend ergibt. „Die Rücksichtnahme auf die Wahrung von Treu und Glauben berechtigt namentlich auch, die Verpflichtung zur Erklärung über einen angetragenen Auftrag daraus herzuleiten, dass der Auftraggeber aus der frühern Annahme ähnlicher Aufträge und aus der früher erklärten Bereitwilligkeit zur Ausführung eines ähnlichen Auftrages auch auf die Annahme des gegenwärtigen Auftrags habe rechnen dürfen. In diesem Sinne hat nun die vorige Instanz ihre Entscheidung, dass der ertheilte Auftrag als stillschweigend angenommen zu erachten sei, aus der Würdigung der konkreten Umstände gerechtfertigt. Wenn hierbei auch auf den das Mandatverhältniss beherrschenden Grundsatz des guten Glaubens hingewiesen wurde, so kann sich diese Bemerkung offenbar nur auf das früher bestandene Mandatsverhältniss beziehen und somit zur Bestärkung der daraus gezogenen Folgerung dienen, dass die Klägerin zu der Annahme berechtigt gewesen sei, Beklagte dürfe ihr Schreiben nicht unbeantwortet lassen, wenn sie den ihr dadurch ertheilten Auftrag nicht ausführen wollte.“²⁵⁾

In eigenthümlicher Weise wird diese Auffassung jedoch verworthen für die Auslegung der Verträge. Es handelt sich hier um Fälle, wo der Inhalt des Vertrages oder die Bedeutung eines Vertragsantrages zweifelhaft sein konnte. Hat nun ein Kontrahent dem andern Kontrahenten seine Auffassung des Vertrages oder des Vertragsantrages mitgetheilt, so wird, falls der andere Kontrahent sich

²⁴⁾ R.O.H.G. XXII, 130 (1877).

²⁵⁾ Fenner u. Mecke II, S. 86 (1880).

dagegen nicht verwahrt, diese Vertragsauffassung unter Umständen als für beide Theile verbindlich angesehen. Ein solcher Fall war folgender: Auf die Bestellung von 30 Zentnern Nüsse erfolgte die telegraphische Antwort: „Ich übernehme die Lieferung von 20 bis 30 Zentner Nüsse.“ Im übrigen ergibt den Sachverhalt der nachstehende Wortlaut der Entscheidungsgründe: „Beklagter hat auf des Klägers Antworttelegramm geschwiegen. Daraus ist zu schliessen, dass schon sein Antrag den Sinn hatte, welchen Kläger nach dem Inhalte des Antworttelegramms ihm beilegte, den Sinn der Gewährung eines Spielraums hinsichtlich der zu liefernden Quantität, welchen Sinn der Handelsstand einem solchen Antrag überhaupt häufig beizulegen scheint. Diese Auslegung des Schweigens des Beklagten fordert Treu und Glauben, denn Schweigen des Beklagten, falls er mit der Auffassung und Ankündigung des Antworttelegramms nicht einverstanden war, wäre eine grobe Verletzung von Treu und Glauben.“²⁶⁾ Noch bezeichnender ist folgende Entscheidung: Eine Firma hatte durch ihren Agenten Walzeisen bestellt und sich zugleich die Spezifikation der Sorten nach neuschottländer Skala vorbehalten. Ueber den Zeitpunkt, bis zu welchem die Spezifikation erfolgen müsste, war sie in Ungewissheit. Sie fragte mehrmals bei der Verkäuferin an, doch blieben die Briefe unbeantwortet. Endlich bat sie brieflich, dass der verabredete Spezifikationstermin pro September und Oktober etwas weiter hinausgeschoben werden möchte. „Dadurch gab sie deutlich zu erkennen, dass sie gemäss der ihr über die Vertragsverabredung zwischen ihrem Bevollmächtigten und dem Beklagten von ersterem gemachten Mittheilung befugt zu sein glaubte, noch im Oktober zu spezifizieren. Verklagter hat das Schreiben nicht beantwortet. Zur Rechtfertigung dieses Stillschweigens beruft er sich lediglich darauf, dass er zur Beantwortung nicht verpflichtet gewesen sei. Es ist richtig, dass ihn eine besondere Gesetzesbestimmung nicht verpflichtete. Aber sein Stillschweigen beziehungsweise seine Berufung darauf, dass Klägerin die Spezifikation erst im Oktober, also zu spät, ihm zugestellt habe, ist mit dem Prinzip von Treu und Glauben unvereinbar. Verklagter konnte die Spezifikation zufolge der fraglichen Erklärung der Klägerin vor Oktober gar nicht erwarten und wenn er die Klägerin im Irrthum über ihre bezügliche Vertragspflicht liess, so bestärkte er sie in

²⁶⁾ R.O.H.G. XVI, 155 (1875).

ihrem Irrthum.“²⁷⁾ Endlich beruht auch folgende Entscheidung auf denselben Erwägungen. Ein brieflich zur Reise nach Prag aufgeforderter Agent erwiderte ebenfalls brieflich, er werde die Reise antreten, er betrachte es jedoch als selbstverständlich, dass ihm neben der Provision auch die Reisespesen werden vergütet werden. Der Brief blieb unbeantwortet. Der Agent machte die Reise und förderte den Betrag der Reisespesen. Das Reichsoberhandelsgericht erblickt in dem Stillschweigen eine zustimmende Erklärung zu dem Antrag des Agenten, die Reise auf Kosten des Auffordernden zu machen. „Denn Kläger durfte ohne Verletzung von Treu und Glauben nicht unterlassen, seine entgegengesetzte Willensmeinung dem Beklagten zu eröffnen, um den Beklagten zu anderweitigen Erwägungen zu veranlassen, ob er die Reise auf seine Kosten machen oder ganz unterlassen wolle.“²⁸⁾

Die nachstehende Entscheidung, obwohl für sie in erster Linie andere Erwägungen entscheidend waren, berücksichtigt auch den hier in Betracht kommenden Gesichtspunkt. Es handelte sich um eine Waare (Schuhstifte), die in Deutschland ohne Angabe des Bestimmungsortes bestellt worden ist. Nachträglich erfolgte die Versendungsordre nach Veracruz in Mejico. Der Beklagte, bei welchem die Waare bestellt wurde, schickte gleichzeitig mit der Abfertigung der Waare nach Antwerpen an den Besteller eine Ausfallsprobe. Der Besteller, der die Waare selbst nicht zu Gesichte bekam, bemängelte die Ausfallsprobe nicht. Die Waare wurde dann, wie es scheint von Mejico aus, zur Disposition gestellt. Das Reichsoberhandelsgericht verurtheilte den Käufer zur Bezahlung des Preises, hauptsächlich aus Gründen, die nicht hierher gehören, überdiess aber mit Rücksicht darauf, dass der Besteller „in präjudizirlicher Weise gegen die kontraktliche bona fides verstieß, als er, nachdem die zuerst ihm zugesendete Probe mangelhaft, nach seiner Ansicht so mangelhaft sich ausgewiesen hat, dass die Waare als schlechthin unbrauchbar hätte zurückgewiesen werden dürfen, diess nicht sofort gegen den Kläger geltend machte, sondern diesen fabriziren und mit der überseeischen Versendung der fertigen Fabrikate verfahren lässt, einer Versendung, welche, wenn der Kläger die Waare späterhin zurücknehmen musste, diesen mit schweren Kosten belastete.“ Ausserdem

²⁷⁾ R.O.H.G. XVII, 229 (1875).

²⁸⁾ R.O.H.G. XIV, 430 (1874); ähnlich Sächs. XLI, 56, R.O.H.G. 1873.

wurde betont, dass für den Empfänger von Ausfallproben die Pflicht, mit Monitis gegen dieselben hervorzutreten, namentlich dann erwächst, „wenn anzunehmen ist, dass der einsendende Produzent im andern Falle nach der zur Ansicht und Prüfung eingesandten Probe fortarbeiten würde.“²⁹⁾

Auch in der nachfolgenden Entscheidung ist auf diesen Grundsatz hingewiesen worden: Eine Eisenbahn-Verwaltung stellte einer andern Eisenbahn-Verwaltung einen Kartellantrag, welcher von dieser abgelehnt wurde; ein Eventualvertrag blieb vier Monate unerledigt, so dass er als abgelehnt gelten musste. Trotzdem erhielt die letztere Verwaltung von der erstern einen schriftlichen Antrag, aus dem zu entnehmen war, dass die Offerentin das Kartell für abgeschlossen ansieht. Dieser Umstand war auch maassgebend für die Auffassung dieses später ausdrücklich angenommenen Antrags. Das Reichsoberhandelsgericht führt nun aus: „Wollte Beklagte mit der Klägerin kontrahiren, so durfte sie nicht schweigen, sie war verbunden, die Klägerin auf ihren Irrthum aufmerksam zu machen. Indem die Klägerin schwieg, hat sie sich entweder derjenigen Auslegung unterworfen, von welcher die Klägerin verständigerweise ausgehen durfte, oder sie hat arglistig gehandelt und auf ihre Arglist vermag sie sich nicht zu berufen.“³⁰⁾ Trotz dieser Begründung war hier aber offenbar nicht das Stillschweigen der Oblatin, sondern der Umstand, dass der Sinn der Offerte, obwohl er vom Wortlaute abwich, leicht ermittelt werden konnte und für die Oblatin erkennbar gewesen ist, entscheidend.

Ebenso die nachstehende Darmstädter Entscheidung: Nach Ablauf der Unterhandlungen über die Lieferung einer Waare erhielt der Kläger von den Beklagten einen Brief, in dem ihre Waare ohne Preisangabe mit einem andern als dem ursprünglich in Aussicht genommenen Lieferungstermin angeboten wurde, zugleich wurde bemerkt, dass es unmöglich „war“ (nicht ist) die Waare zum früheren Preise zu liefern. „Diese Umstände berechtigten“, heisst es nun in den Entscheidungsgründen „zu der Ansicht bezw. zu dem guten Glauben, dass es sich dem Beklagten nur um die Bestimmung der Lieferungszeit handelt, und dass Beklagter, wenn diese genehmigt

²⁹⁾ R.O.H.G. VII, 259 (1872).

³⁰⁾ R.O.H.G. X, 12 (1873); ähnlich Busch XXII, 35 ff. Darmstadt 1870: wo jedoch der Vertrag theilweise zu Stande kam.

wird, seinerseits zu dem vorher offerirten Preise zu liefern bereit sei; nachdem nun der Kläger die fragliche Lieferungszeit angenommen, den Beklagten hiervon in Kenntniss gesetzt, und ihm die unter den vorliegenden Umständen gerechtfertigte Erwartung ausgesprochen hatte, dass der Beklagte nunmehr, so wie angeblich früher der Vertrag abgeschlossen wurde, liefern werde, würde Beklagter gegen den guten Glauben im Handelsverkehre verstossen, wenn er bei einer wirklich bestehenden Absicht der Ablehnung seine wahre Absicht dem Kläger vorenthalten hätte und muss daher auch sein Stillschweigen als eine stillschweigende Akzeption der klägerischen Offerte gelten.³¹⁾

Auch hier haben wir es offenbar ebenso wie in der reichsoberhandelsgerichtlichen Entscheidung nicht mit einer Rechtsfolge des Stillschweigens, sondern mit der Interpretation der gestellten Offerte mit Berücksichtigung der begleitenden Umstände zu thun. Diese Fälle mussten hier jedoch erwähnt werden, weil für die Auslegung der Willenserklärungen die Annahme einer Verpflichtung des Oblaten, die falsche Auffassung des Vertrages durch den Mitkontrahen zu berichtigen, offenbar maassgebend war.

Ebenso wird aber auch das Stillschweigen auf den Antrag auf unwesentliche Abänderung eines abgeschlossenen Vertrages als Genehmigung aufgefasst. Das wurde unter andern vom Reichsgericht in folgender Entscheidung angenommen, deren Thatbestand aus der Begründung erhellt: „Wenn die Lieferung von Wolltuch ursprünglich Ende Juli bedungen war, der Lieferant aber am 6. Juli dem Besteller mittheilt, er könne erst Ende August liefern, und werde das Stillschweigen des Auftraggebers als Einverständniss annehmen, so hat dieser, wenn er solches nicht will, sich sofort zu erklären; erwidert aber der Besteller erst am 23. August, so versetzt er den Lieferanten in die Lage, dass er annehmen musste, dass er mit der zuvor für den Fall des Stillschweigens gestellten Forderung einverstanden sei und ist der Besteller nicht berechtigt, die Ende August zugeführte Waare zu refüsiren und Zahlung zu verweigern. Vorstehendes entspricht den im kaufmännischen Verkehre geltenden Rechtsgrundsätzen, welche auch in der Vorschrift des Art. 323 H.G.B. einen Ausdruck gefunden haben, sowie dem diesen Ar-

³¹⁾ Busch XXII, 370 Darmstadt 1879.

tikel zu Grunde liegenden Prinzipie des Art. 1134 C.N., dass alle Verträge de bonne foi zu vollziehen seien.“³²⁾

Damit stimmt folgende Entscheidung des H.A.G. Nürnberg vollständig überein: Der Verkäufer, der verpflichtet war, im August zu liefern, schreibt an den Käufer, er werde im September mit viel besserer Waare dienen können. Hierauf erhielt er keine Antwort. Im August telegraphirte er: Da sein Brief unbeantwortet geblieben sei, so nehme er an, dass der andere Theil mit seinem Anbote einverstanden sei. Auch auf dieses Telegramm erfolgte keine Antwort. Trotzdem wurde die Lieferung im September als verspätet abgelehnt. Der Verkäufer klagte auf Zahlung des Kaufpreises und siegte ob, denn der Käufer „will selbst nicht in Abrede stellen, dass im kaufmännischen Verkehre derartige Anfragen eines Geschäftsfreundes stets beantwortet werden, dass der Kläger durch das Stillschweigen des Beklagten in die Meinung versetzt werden musste, er habe nichts gegen die ihm angezeigte Art der Erfüllung einzuwenden, dass er somit die Erfüllung innerhalb des Monats August nicht versäumt, sondern sie in gutem Glauben in der Ueberzeugung, den Absichten des Beklagten nachzukommen, unterlassen und dass er zu dieser Ueberzeugung durch das eigene Verhalten des Klägers veranlasst wurde und veranlasst werden musste.“³³⁾

In dieselbe Kategorie gehört wohl auch nachfolgende Entscheidung, die älter ist, als die soeben angeführten und daher im Sinne des oben erwähnten Entwicklungsgesetzes das Stillschweigen noch nicht als Genehmigung der dem Stillschweigenden kundgegebenen Auffassung behandelt, sondern ihm bloß eine Schadenersatzpflicht auferlegt: die Geklagte bestellte beim Kläger eine Partie Schlipsen und, nachdem sie dieselbe erhielt, noch eine weitere Partie von Schlipsen derselben Gattung und zwar umgehend. Da die Klägerin keine Vorräthe mehr hatte, so antwortete sie, sie sehe erst weiteren Mittheilungen über die zu wählenden Desseins entgegen, zu welchem Zwecke drei Stücke als Muster beigelegt werden. Am Schlusse findet sich die Bemerkung, dass, wenn die Beklagte mit der Anfertigung der noch fehlenden Dutzende nach übersendeten Mustern einverstanden sei, es keiner Benachrichtigung bedürfe, andernfalls einer Antwort mit Postwendung ent-

³²⁾ Puchelt XIII, 63 R.G. 1880.

³³⁾ Seuffert XXXI, 262 Nürnberg 1866; vergl. auch Seuffert XXXIX, 160 A.G. Celle 1873.

gegengesehen werde. Nach zwei Wochen wurde demgemäss die fertige Waare expedirt, jedoch von der Beklagten ohne Angabe der Gründe zurückgewiesen. Der Klage auf Zahlung des fakturirten Preises wurde stattgegeben. „Sowohl der erste als auch der zweite Antrag muss zufolge gesetzlicher Vorschriften als abgelehnt betrachtet werden (Art. 319, 322 H.G.B.), Art. 279 H.G.B. kann hier nicht in Anwendung kommen, da im Gesetze selbst die Folgen dieser Handlung festgesetzt sind. Diese gesetzlichen Folgen vermochte auch die Erklärung der Kläger, die Bestellung wie angedeutet auszuführen, wenn nicht umgehend Gegenordre erfolge, nicht zu beseitigen.“ Dagegen wurde Beklagter für schuldig erklärt dem klägerischen Handlungshaus allen durch die unterlassene Beantwortung des Briefes veranlassten Schaden und Kosten zu ersetzen. „Aus diesem Briefe musste Beklagter ersehen, dass Kläger die Bestellung in anderer Weise, als sie gegeben war, aufgefasst hat, dass er demgemäss zur Ausführung bereits Anstalten getroffen und dieselbe unfehlbar bethätigen werde, wenn nicht umgehend ablehnende Antwort erfolge. Waren also Beklagte schon damals gesonnen auf die spätere Zusendung nicht einzugehen, so konnten sie sich der Ueberzeugung nicht verschliessen, dass sie wissentlich den Kläger täuschten, wenn sie durch ihr Stillschweigen in ihm die irrige Meinung erregten, als beständen sie ungeachtet ihrer Verzögerung auf ihrer Bestellung, dass sie dadurch die Fabrikation der Waare, für welche keine Zahlung erfolgen werde, veranlassten und somit den Kläger offenbar in Schaden versetzen würden. Wenn unter diesen Umständen Beklagte durch ihr Stillschweigen sich auch nicht zu Käufern der infolge ihres Verhaltens in Fabrikation genommenen Waare gemacht haben, so haben sie doch gegen alle kaufmännische Uebung, gegen Treu und Glauben und eines ordentlichen Kaufmannes unwürdig gehandelt. Nachdem sie durch ihr ungerechtfertigtes Benehmen ihre Geschäftsfreunde wissentlich und damit vorsätzlich in einem für dieselben schadenbringenden Irrthum erhielten, haben sie sich eines offenbaren dolus schuldig gemacht, und sind daher aus diesem haftbar.“³⁴⁾

Es ergibt sich aus der Begründung dieser Entscheidungen, dass die präjudizirende Wirkung des Stillschweigens hier keineswegs bloss darauf beruht, dass eine Pflicht zur Antwort angenommen wurde. In allen diesen Fällen lag nämlich folgender Thatbestand vor: Ein Vertrags-

³⁴⁾ Busch XI, 396 Nürnberg 1865, Note *

antrag wird vom Oblaten in einer Weise beantwortet, die dem Zweifel Raum lässt, ob er angenommen wurde und ob die Annahme dem Antrage entspricht; oder ein Vertrag wird geschlossen, der eine verschiedene Auffassung zulässt und thatsächlich verschieden aufgefasst wird. Nun theilt ein Kontrahent dem andern Kontrahenten seine Auffassung des Antrages oder Vertrages, sei es von ungefähr, sei es zu dem Zwecke mit, um sich zu vergewissern, ob seine Auffassung auch die des andern Kontrahenten ist; diese Mittheilung geschieht in der Weise, dass der andere Theil aus der Mittheilung entnehmen muss, dass er den Antrag so wie er ihn auffasst, annehme, dass er daran gehe, den Vertrag, so wie er ihn auffasst, zu erfüllen; nachdem der andere Theil diese Mittheilung unbeantwortet gelassen hat, wird nun der Vertrag bzw. der zur Perfektion gediehene Antrag vom Oblaten, so wie er ihn aufgefasst hatte, zur Grundlage seines ferneren Verhaltens gemacht.

Man wird wohl nicht fehl gehen, wenn man auf den Umstand, dass die Partei, welche ihre Auffassung des Vertrages kund gab, im Sinne dieser Auffassung thätig geworden ist, einiges Gewicht legt. Es ist gewiss nur billig, dass derjenige, der eine undeutliche Offerte machte, einen zweifelhaften Vertrag abschloss, sich über die ihm vom andern Theil zur Kenntniss gebrachte Auffassung des Vertrages äussere, namentlich dann, wenn er weiss, dass der andere Theil diese Auffassung zur Basis seines ferneren Handels zu machen genöthigt ist. Ferner kommt in Betracht, dass derselbe dadurch, dass er in der That auf Grund seiner Auffassung des Vertrages (des Antrages) gehandelt hat, diese Auffassung gewissermaassen angenommen hat: man muss daher neben dem Stillschweigen auch die reale Annahme und zwar jene Art der realen Annahme, die ich oben als Annahme durch Vollzugshandlungen bezeichnet habe, als Quelle der Rechtsfolgen ansehen.

Erst in neuester Zeit ist das Reichsoberhandelsgericht in einem speziellen Falle darüber hinausgegangen. Es ist nämlich unter Kaufleuten üblich, dass nach Abschluss eines mündlichen Vertrages, ein Kontrahent dem andern einen Brief zukommen lasse, welcher eine urkundliche Feststellung der Vereinbarung enthält, um eine urkundliche Feststellung der Eingehung des Vertrages und der Rechte und Pflichten aus demselben zu erlangen resp. zu ertheilen. Das Reichsoberhandelsgericht nahm wiederholt an, dass die längere Nichtbeantwortung eines solchen Schreibens an sich (ohne jede weitere

Voraussetzung) eine Genehmigung desselben bedeute, da in diesem Falle „das Prinzip von Treu und Glauben zur unverzüglichen Beantwortung verpflichtet“. ³⁵⁾

Schon aus diesen Erörterungen ergibt sich wohl zur Genüge, dass selbst bei bestehender Geschäftsverbindung nur in verhältnissmässig seltenen Fällen die Pflicht zur Erklärung auf eine Anfrage oder eine Offerte festgestellt und demgemäss, wenn eine solche Erklärung unterbleibt, eine Zustimmungserklärung gewissermaassen zur Strafe angenommen wird. Und alle diese Fälle liegen so, dass das Interesse des einen Kontrahenten an der Beantwortung seines Antrags oder seiner Anfrage offenbar auf der Hand liegt, während den anderen Kontrahenten weder die Beantwortung selbst noch die Entscheidung, wie er die Frage zu beantworten habe, Mühe kosten kann, wie beispielsweise in letzterwähnten zahlreichen Fällen, wo es sich doch nur darum handelt, wie ein abgeschlossener Vertrag oder ein Antrag aufzufassen sei. Uebrigens hat von allen bisher besprochenen Fällen des Stillschweigens als Willenserklärung nur dieser irgend welche allgemeine Bedeutung; die übrigen sind so selten und so singulär, dass das ihnen zu Grunde liegende Prinzip daraus unmöglich entnommen werden kann.

Wohl aber verdient noch ein Fall des Stillschweigens, der nur im Handelsverkehre vorkommt, eine Betrachtung von allgemeinen Gesichtspunkten aus: er ist reich an Eigenthümlichkeiten und Besonderheiten, wenn dieselben auch grösstentheils mit den Eigenthümlichkeiten des Handelsverkehrs gegeben sind.

Der juristische Unterschied zwischen dem gewöhnlichen Güterverkehre und dem Handelsverkehre ist mindestens ebenso bedeutend wie der wirthschaftliche. Diesen Unterschied hat auch die Sprache anerkannt, die den Gegenstand des Handelsverkehrs und nur diesen mit dem besondern Ausdrucke Waare bezeichnet, ³⁶⁾ während es an einem besondern Ausdruck, der ausschliesslich zur Bezeichnung des Gegenstandes des gewöhnlichen Güterverkehrs dienen würde, fehlt. Ich werde im folgenden den Gegenstand des gewöhnlichen Güterverkehrs im Gegensatze zur Waare „Sache“ nennen.

Der Handelsverkehr unterscheidet sich nun von dem gewöhnlichen Güterverkehr wirthschaftlich und juristisch ebenso sehr, wie

³⁵⁾ Namentlich: R.O.H.G. XV, 96 ff. (1874); XI, 435 (1873); XIV, 372 (1874); XIX, 122 (1875),

³⁶⁾ Vergl. darüber Endemann in seinen Handb. II, S. 5, 21 ff.

sich die Sache von der Waare unterscheidet. Wer eine Sache kauft, der kauft für sich, wer eine Waare kauft, der kauft, um weiter zu verkaufen; wer eine Sache kauft, der kauft den Nutzwert, wer eine Waare kauft, der kauft den Tauschwert eines Körpers, der kauft nicht den Körper als solchen, sondern in dem Körper die Möglichkeit mittelst seiner zu spekuliren, Gewinn zu erzielen, die Konjunktur auszunutzen. Die Waare ist ein physischer Körper, aber um diesen Körper handelt es sich gar nicht; das um was es sich handelt, ist nicht der physische Körper selber, sondern etwas, was in ihm steckt: eben die Möglichkeit mittelst seiner zu spekuliren, Gewinn zu erzielen, die Konjunkturen auszunutzen. Nur diese Möglichkeit kauft und verkauft, wer eine Waare kauft oder verkauft, wer eine Waare liefert, der liefert nur diese Möglichkeit. Diese Möglichkeit daher, mittelst der Waare zu spekuliren, Gewinn zu erzielen, die Konjunkturen auszubeuten, nicht die einzelnen Sachen, welche die Waare körperlich repräsentiren, ist der eigentliche Gegenstand, die res des Vertrages im Handelsverkehr. Man sieht es am klarsten beim eigentlichen Differenzgeschäfte, das diesen Charakter des Handelsverkehrs bis zur Karikatur verzerrt: da wird die Produktion ganzer Länder gekauft und verkauft, ohne dass einer der Kontrahenten sie zu Gesichte bekäme, je die Absicht hätte sie zu Gesichte zu bekommen, ja häufig ohne dass sie in der That irgendwo existiren würde.

Und nun nehmen wir folgenden Fall: Ich habe Waare gekauft, der Verkäufer hat sie mir geliefert, ich untersuche sie und überzeuge mich, dass sie Mängel hat; verhalte mich aber hierauf vollständig passiv, bis ich die weitere Gestaltung der Konjunktur übersehen kann. Bemerke ich nun, dass die Waare eine steigende Tendenz verfolgt, so behalte ich sie, der Gewinn an der Kursdifferenz ersetzt mir reichlich den kleinen Verlust an Qualität. Ist aber die Tendenz eine „flaue“, so stelle ich die Waare dem Verkäufer als mangelhaft zur Disposition. Was ist nun die Folge? Der Verkäufer hat mir die Möglichkeit zu spekuliren, Gewinn zu erzielen, die Konjunktur auszunutzen geboten, hat mir also die eigentliche res des Vertrages geleistet; ich habe die Waare behalten, habe mir dadurch alles das, was die eigentliche res des Vertrages bildeten, angeeignet; und nun, nachdem dies geschehen, will ich durch einen Kniff mich von der Verbindlichkeit befreien, dafür zu bezahlen, indem ich dem Verkäufer zurückstelle, nicht das was er mir geleistet hat und was ich er-

halten habe, die Spekulationsgelegenheit, denn dies zu thun bin ich jetzt nicht einmal in der Lage, — sondern die körperliche Sache, um die es sich keinem von uns handelte. Da stellt sich das Handelsrecht dazwischen und dies ist der wahre Sinn des Art. 347 des Handelsgesetzbuches: hat der Käufer die Waare erhalten, so gilt sie als genehmigt, wenn er die Mängel derselben nicht sofort rügt, sondern erst nach einem gewissen Zeitraum, nachdem er vielleicht inzwischen die Konjunktur auszunützen gesucht hat. Die Vorschrift des Art. 347 H.G.B. soll eine solche Spekulation auf fremde Kosten unmöglich machen, soll den Käufer nöthigen, für die res des Vertrages, die er sich angeeignet hat, auch zu bezahlen.

Ich glaube, dies macht den wahren Charakter dieser Fälle des Stillschweigens als Willenserklärung klar: es sind dies eben Fälle, wo Zeit Geld ist, wo derjenige, welcher schweigt, sich schon dadurch die ihm angebotene res des Vertrages aneignet, es sind dies also recht eigentlich Realverträge, die durch Aneignung zu Stande kommen, nur den unendlich raffinirten Verhältnissen des heutigen Handelsverkehrs angepasst.

Am schärfsten tritt diese Bedeutung des Stillschweigens zu Tage bei den Saison- und Modewaaren, bei denen die günstigste Konjunktur nur solange besteht, als die Saison dauert und die Mode lancirt ist. Hier handelt es sich für Käufer darum, hauptsächlich die kurze Spanne Zeit auszunützen, während welcher die Waare überhaupt verkäuflich ist. Und nun denke man sich den Fall, dass jemand die ihm zugeschickte Waare in Empfang nimmt, dieselbe, solange die Saison oder die Mode dauert, behält, und sie dann aus was immer für einem Grunde zur Verfügung stellt. Mit Recht kann man ihm entgegensetzen, dass Gegenstand des Kaufs nicht jene Waarenstücke waren, die er zurückschickt, sondern die Möglichkeit mittelst der Waare die Saison oder die Mode auszunützen. Diese Möglichkeit hat sich der Besteller angeeignet, indem er die Waaren diese Zeit hindurch behielt und dafür soll er nun bezahlen.

Ich erwähne hier zwei Saison- und Modewaaren betreffende Fälle, denen, wenn sie auch nicht unter die Bestimmung des Art. 347 H.G.B. fallen, ein durchaus analoger Thatbestand zu Grunde lag und deren Entscheidung auf ganz denselben Prinzipien beruhte. In dem einen verurtheilte der österr. Oberste Gerichtshof den Geklagten, welcher die ihm mit dem Ersuchen, Nichtkonvenirendes zu retourniren, zugekommene Waarensendung die ganze Wintersaison hindurch behielt und erst im

Mai bis auf wenige verkaufte Stücke als unanbringlich zurückschickte, zur Bezahlung des ganzen fakturirten Preises.³⁷⁾ Das andere Erkenntniss gab der Klage gegen den Zigarrenhändler, der die ihm mit dem Ersuchen: Nichtkonvenirendes zurückzusenden, zugekommenen Zigarren erst nach Ablauf des damals bevorstehenden Schützenfestes zur Disposition stellte, zur Bezahlung des Preises derselben aus folgenden Gründen: „Wenn die Beklagte nicht gegen die geschäftliche Ordnung, welche Kaufleute im geschäftlichen Verkehr mit einander zu beobachten verpflichtet sind, verstossen will, um sich dadurch in die unstatthafte Lage zu versetzen, während des bevorstehenden Schützenfestes im Falle des Gelingens auf eigene Rechnung, im Falle des Misslingens auf Rechnung der Klägerin mit den empfangenen Zigarren zu spekuliren, müsste sie spätestens sofort nach Empfang des Briefes vom 3. Mai, worin der Zweck der Sendung angegeben war, mit Bestimmtheit darüber erklären, welche Sorten sie behalten, und welche sie zurücksenden will. Sie musste ferner die Rücksendung dieser Zigarren entweder selbst vornehmen oder doch wenigstens der Klägerin anzeigen, dass sie sich der geringen Mühe der Rücksendung nicht unterziehen wolle.“³⁸⁾

Es mag im vorhinein zugegeben werden, dass dieser Auffassung der ratio des Art. 347 H.G.B. so manches entgegengesetzt werden könnte.

Das gewichtigste Argument, das man gegen die hier vertretene Auffassung der ratio des Art. 347 H.G.B. anführen könnte, bildet wohl dessen Wortlaut. Der Art. 347 H.G.B. beschränkt die Mängelanzeigepflicht keineswegs auf jene Fälle, in denen das Stillschweigen eine Aneignung der Möglichkeit, mittelst der zugesandten Waare zu spekuliren mit sich bringt, sondern es sollen vielmehr nach dessen ausdrücklichem Wortlaute und der klaren Absicht des Gesetzgebers auch Fälle nach derselben Norm beurtheilt werden, in denen eine solche Möglichkeit geradezu ausgeschlossen ist, wie dies mit seltenen Ausnahmen bei Käufen im Detailhandel und beinahe überall, wo auf Seiten des Käufers kein Handelsgeschäft vorliegt, der Fall ist.

Es ist jedoch vor allem zweifellos, dass die Bemänglungspflicht des Käufers, welche im Art. 347 H.G.B. einen so umfassenden Ausdruck gefunden hat, historisch auf diesen legislativen Erwägungen

³⁷⁾ A.C. III, 365.

³⁸⁾ Busch V, 473 ff. A.G. Frankfurt 1863.

beruht. Der Art. 347 H.G.B. enthält bekanntlich die sehr weitgehende Formulirung eines alten Gewohnheitsrechts³⁹⁾ und jene älteren Entscheidungen, die dieses Gewohnheitsrecht festgestellt haben, betonten es stets, dass es nur durch eine solche Feststellung der Bemängelungspflicht möglich ist, der unlautern Spekulation auf fremde Kosten entgegenzutreten. Dieser Gedankengang findet sich schon in einem Gutachten des kaufmännischen Direktoriums in Zürich vom 3. Juli 1673⁴⁰⁾ und auch die modernen vor dem Handelsgesetzbuche erflossenen Entscheidungen bewegen sich stets in diesem Ideenkreise. Das O.A.G. Dresden findet dieses Gewohnheitsrecht begründet wegen der vielen Schwankungen, denen der Preis der Waare unterworfen ist, und charakterisirt hierbei sehr richtig die Geschäftspraxis, der es entgegenzutreten will: „Es wird beim Sinken der Preise in der Regel die Einwendung vorgebracht (die Waare sei mangelhaft), um den Kauf für eine früher zu einem höhern Preise gekaufte Waare rückgängig zu machen.“⁴¹⁾ Das kgl. O.A.G. München hebt den Schaden hervor, den der Verkäufer bei der verspäteten Dispositionsstellung erleiden könnte, besonders bei Waaren, welche dem häufigen Wechsel der Mode oder der Preise unterworfen sind,⁴²⁾ das O.G. Wolfenbüttel betont unter anderem, dass dieser Grundsatz den häufigem und raschestem Wechsel der Konjunkturen ausgesetzten Verkehrsverhältnissen entspricht.⁴³⁾

Dasselbe Motiv wurde auch in der Redaktionskommission des Handelsgesetzbuchs geltend gemacht und noch in neuerer Zeit wird dies als ratio der Bestimmung des Art. 347 H.G.B. angegeben.⁴⁴⁾

Wenn nun der Artikel 347 H.G.B. in seiner gegenwärtigen Fassung weit über seinen natürlichen Wirkungskreis, die Spekulation auf

³⁹⁾ Prot. S. 644 ff.; Hanausek, Haftung I, S. 87 ff., Note 10.

⁴⁰⁾ Zeitschr. f. schweiz. Recht Bd. XXIV, S. 37.

⁴¹⁾ Sächs. XIX, 367 (1859); Acte X, 205 (1859).

⁴²⁾ Arendt IV, 99 (1852); Seuffert VI, 27 Nürnberg 1857.

⁴³⁾ Seuffert XIV, 126 Wolfenbüttel (1859); vergl. auch Prakt. Arch. VI. 316 Darmstadt 1853.

⁴⁴⁾ R.O.H.G. XXIV, 28 (1878); Spekulation auf das Steigen der Preise: R.O.H.G. II, 234, 335 (1871); Strenge Anwendung des Art. 347 H.G.B. begründet damit, dass die Waare, Getreide, raschen Preisschwankungen unterworfen ist: Busch XXII, 196 ff. R.O.H.G. 1871; Busch XXV, 34 Nürnberg 1870: die Dispositionsstellung nach 12 Tagen verspätet, da die Waare raschen Schwankungen unterworfen sei; R.O.H.G. XIII, 10 (1871) = Seuffert XXX, 263: jeder Kundige weiss übrigens, dass das R.O.H.G. leider vollständig Recht hat, mit der in der letzten Entscheidung enthaltenen Bemerkung; die strenge Vorschrift des Art. 347 H.G.B. hat die Spekulation auf fremde Kosten nicht blos nicht verhindert,

fremde Kosten zu hindern, hinausreicht, so muss es betont werden, dass diese Erscheinung lediglich auf den übermächtigen Einfluss zurückzuführen ist, welchen auf den Entwicklungsgang des Handelsrechts überhaupt und auf die Redaktion des Handelsgesetzbuchs insbesondere, der Grosshandel ausübte, dem jede Erweiterung der Dispositionsstellungspflicht selbstverständlich willkommen sein muss. Es ist keineswegs das einzige Mal, dass die Mitglieder der Redaktionskommission zur Berathung eines allg. deutschen Handelsgesetzbuchs, allerdings, wie ich im Vorhinein zugeben will, zweifellos unbewusst, die Aufnahme von Bestimmungen in das Handelsgesetzbuch veranlassten, die keineswegs auf Handelsgeschäfte oder gar auf Kaufleute allein Anwendung finden sollten,⁴⁵⁾ die aber nur für den Handelsstand passen und diesen einseitig gegenüber den übrigen Bevölkerungsklassen begünstigen.⁴⁶⁾ Mit einem solchen Falle haben wir es hier zu thun.

In dieser Beziehung sind gerade die Protokolle der Berathung über den Art. 347 H. G. B. sehr belehrend. Als Grundlage dient die Bestimmung des preussischen Entwurfs. Diese wird durch Argumente motivirt, welche alle ausschliesslich auf den Grosshandel zugeschnitten waren. Hierauf heisst es: „Ein Mitglied hob hiernächst hervor, für eine gesetzliche Sanktionirung der Pflicht, die gekauften Waaren alsbald nach dem Empfange zu untersuchen, sei im grössern Verkehre ein Bedürfniss vorhanden und dort umsomehr, weil der Verkäufer oft gar nicht in der Lage ist, die Beschaffenheit der Waare zu kennen, z. B. wenn der Verkauf einer schwimmenden Ladung bloss auf Grund eines Konnossaments stattgehabt hat; aber anders sei dies in dem kleinen Verkehr, bei Geschäften des Kaufmannes und des Konsumenten. Es erscheint demgemäss angemessen, die Bestimmungen des Artikels auf diejenigen Fälle zu beschränken, in welchen der Käufer ein Kaufmann sei. Diese Beschränkung sei ohne Zweifel auch der ursprünglichen Auffassung des Entwurfes gemäss, da nach den Bestimmungen des Art. 211 flg. auch nur auf Seiten des Kaufmannes die relativen Kaufgeschäfte als Handelsgeschäfte anzu-

sondern ist vielmehr Veranlassung zu vielen Dispositionsstellungen, welche nur den Zweck haben, die Konjunktur während der dadurch veranlassten Unterhandlungen auszunutzen. — Seuffert XXV, 56 Oldenburg 1870.

⁴⁵⁾ Art. 277 H. G. B.

⁴⁶⁾ Vergl. über einen ähnlichen Fall Hofmannn, *Periculum beim Kaufe* S. 77 ff.

sehen sein mögen; zudem werden die Bestimmungen des Entwurfs auch nur bei einer solchen Beschränkung ohne Bedenken sein, denn nur im Geschäftsverkehr der Kaufleute unter einander können sich deren Vortheile und Nachtheile dadurch ausgleichen, dass einer und derselbe heute Käufer und morgen Verkäufer sei. Dasselbe schlug demgemäss vor, den Eingang des Artikels wie folgt zu fassen: „c) Hat ein Kaufmann aber Waare bezogen, so hat er ohne Verzug“

„Es fand jedoch auch dieser Antrag auf Seite der kaufmännischen Abgeordneten lebhaften Widerspruch.“

Die Nachtheile, dass das Handelsgesetzbuch, das nicht bloss Verhältnisse zwischen Kaufleuten, sondern auch zwischen Kaufleuten und dem kaufenden Publikum regelt, von einer Kommission berathen wurde, die ganz unter kaufmännischem Einflusse stand, traten hier klar zu Tage. Während der ganzen Debatte wurde auch nicht ein Argument vorgebracht, welches die Ausdehnung der Mängelanzeige-pflicht auf den kleinen kaufmännischen Verkehr und den Verkehr mit dem Konsumenten rechtfertigen könnte, auch nicht ein Argument widerlegt, das von diesem Antragsteller gegen die Ausdehnung der Verpflichtung zur kaufmännischen Untersuchung und Bemängelung der Waare auf das nicht kaufmännische Publikum vorgebracht wurde, obwohl die Bestimmung in dieser Anwendung nicht bloss höchst lästig, sondern auch dazu angethan ist, dem Schwindler und Betrüger Mittel an die Hand zu geben, harmlosen Käufern werthlose Sachen anzuhängen. Trotzdem haben die kaufmännischen Abgeordneten gegen einen Antrag, welcher eine sachgemässe Einschränkung des Art. 347 H.G.B. bezweckte, „lebhaften Widerspruch“ erhoben, haben aber ihrerseits nicht gezögert, mit womöglich noch rücksichtslosern und unbilligern Anträgen aufzutreten.⁴⁷⁾ Sie haben die Sache eben ausschliesslich vom kaufmännischen Interessenstandpunkte aus beurtheilt.

Unterstützt wurde dieses Bestreben der Kaufleute durch die, allerdings wohl vielfach unbewusste und jedenfalls ungerechtfertigte Anlehnung an die Grundsätze über den Ausschluss der Gewährleistung für sichtbare Mängel. Diese bilden nämlich, wie ich schon oben darzulegen versuchte,^{47a)} den dogmatischen Ausgangspunkt der Entwicklung, die in dem Art. 347 H.G.B. ihren Abschluss fand.

⁴⁷⁾ Z. B. auf Rezeption des merkantilischen Empfanges S. 649.

^{47a)} Oben Seite 63 ff.

Man nimmt nämlich an, dass derjenige, der eine ihm vorliegende Waare kauft, schon durch den Abschluss des Vertrages ausdrücklich (nach dem herrschenden ungenauen Sprachgebrauche: stillschweigend) erklärt, dass er die ihm erkennbare Beschaffenheit der Waare genehmige. Nun könnte man argumentiren: in ganz derselben Weise sei daraus, dass der Käufer, dem die Waare bei Abschluss des Kaufes nicht vorlag, dieselbe entgegennimmt, zu schliessen, dass er sie genehmige; der Akt der Entgegennahme der schon früher gekauften Waare, welche beim Abschlusse des Vertrages dem Käufer nicht zu Gesichte gekommen ist, sei vollständig gleichwerthig dem Akte des Abschlusses eines Vertrages über eine gleichzeitig vorliegende Waare.

Denjenigen, die so argumentiren, schwebt der Fall vor, wo die Waare dem Käufer bei Abschluss des Vertrages wohl nicht vorlag, aber ihm nachträglich vom Verkäufer persönlich übergeben wird: der Käufer prüft sie in Gegenwart des Verkäufers und übernimmt sie schliesslich, wobei er entweder in Worten oder durch sein ganzes Verhalten erklärt, dass er deren Beschaffenheit billige. In der That besteht hier nur die Besonderheit, dass das, was bei normalem Platzkauf einen integrierenden Theil des Kaufvertrages bildet, hier eine selbstständige Bedeutung erlangt. Während sonst die Vereinbarung der Modalitäten des Vertrages, Prüfung, Genehmigung, Uebergabe und Uebernahme der Waare sich *uno actu* vollziehen, werden hier die Modalitäten des Vertrages besonders vereinbart, und besonders die Waare übergeben, geprüft, genehmigt, übernommen. Man könnte aber mit Grund behaupten, dass die juristische Bedeutung der Prüfung und Uebernahme dieselbe ist, ob sie bei Abschluss des Vertrages oder erst nachträglich vor sich geht.

Es ist zweifellos, dass das Verhältniss in beiden Fällen manche Aehnlichkeit zeigt; aber diese ist rein äusserlich. Wer eine ihm vorliegende, ihrer Beschaffenheit nach bekannte Waare kauft, erklärt gleichzeitig, er kaufe sie, wie sie ist, mit allen ihm bekannten Mängeln und Fehlern: diese Erklärung liegt schon in der Erklärung diese Waaren kaufen zu wollen, sie ist in dieser letzteren Erklärung enthalten, ein *essentiale negotii*. Wer aber eine ihm unbekannte oder gar nur generell bestimmte Waare gekauft hat, der kann allerdings, wenn der Verkäufer oder sein Bevollmächtigter sie ihm persönlich liefert, und wenn er sie bei der Annahme untersucht oder geprüft hat über deren Beschaffenheit dem anwesenden Verkäufer eine Erklärung abgeben; aber nothwendig ist dies keineswegs, er kann

sie auch ohne jede Prüfung und Erklärung entgegennehmen. In der blossen Entgegennahme liegt weder die Erklärung die Waare geprüft, noch die Erklärung sie gebilligt zu haben. Geht man daher davon aus, dass in jeder Entgegennahme nothwendiger Weise eine Erklärung über die Beschaffenheit der Waare liege und zwar in der vorbehaltlosen Entgegennahme eine Billigung der Waare, so ist es klar, dass man dann die Erklärung nicht auslegt, sondern in sie etwas hineinlegt. Nur jene Mängel, die sich bei der etwa wirklich vorgenommenen Untersuchung herausgestellt haben, können als „stillschweigend“ genehmigt angesehen werden.

Das wichtigste ist jedoch hierbei, dass eine solche Hineininterpretirung einer Billigung in die Annahmeerklärung heute überhaupt nur in den seltensten Fällen möglich ist. In der Regel wird doch heute eine Waare, wenn sie nicht schon beim Abschlusse des Kaufvertrages übergeben worden ist, sehr selten dem Käufer vom Verkäufer selbst oder von dessen Bevollmächtigten übergeben, sondern von der Post- oder Eisenbahnverwaltung, von dem Spediteur oder einem Frachtführer, der eine Erklärung Namens des Versenders weder annehmen will, noch auch dazu ermächtigt ist; in diesem Falle ging nicht einmal eine Annahme, sondern eine blosse Uebernahme vor sich, eine Uebernahme ins Gewahrsam, die juristisch auf gleicher Stufe steht mit der Uebernahme des Gegenstandes beim Depositum oder Kommodat. Will man hier in der Uebernahme auch eine Billigung erblicken, so genügt es nicht, in die Erklärung bei der Uebernahme eine Billigung hineinzupinterpretiren denn bei der Uebernahme wird überhaupt keine Erklärung abgegeben, die interpretirt werden könnte. Man müsste vielmehr als Norm feststellen, dass der Käufer nicht berechtigt ist, die Waare, die er nicht als Erfüllung gelten lassen will, zu übernehmen, dass er verpflichtet ist bei der Uebernahme der ihm gelieferten Waare zugleich die Erklärung abzugeben, dass er dieselbe billige.

Diesen Weg ging in der That die französische Rechtssprechung. Sie lehnte sich an den Satz des Code Napoléon an, der Verkäufer leiste Gewähr für die verborgenen Mängel der verkauften Sache.⁴⁸⁾ Diese Bestimmung wurde nun möglichst ausdehnend interpretirt: man schloss daraus geradezu, der Verkäufer hafte für die sichtbaren Mängel der Waare unter allen Umständen nicht, selbst dann, wenn

⁴⁸⁾ Art. 1641 C.N.

sie dem Käufer beim Abschlusse des Geschäftes nicht bekannt waren, so dass der Käufer, welcher eine Waare mit sichtbaren Mängeln nicht gelten lassen wollte, kein anderes Mittel hatte, seinen Standpunkt zu wahren, als den, eine solche Waare überhaupt gar nicht zu übernehmen.⁴⁹⁾

Damit geht die Praxis allerdings über den Sinn und Wortlaut des Art. 1641 C.N. weit hinaus. Der Artikel setzt offenbar voraus, dass die Waare dem Käufer vorgelegen sei; war die Waare nicht sichtbar, umsoweniger konnte von sichtbaren Mängeln die Rede sein. Ist es schon höchst willkürlich die Bestimmung, welche von Mängeln spricht, die beim Abschlusse des Kaufes sichtbar waren, auf Mängel anzuwenden, die bei der Erfüllung des Kaufes zu Tage getreten sind, so ist es noch willkürlicher, vom Käufer zu verlangen, dass er die mit Mängeln behaftete Sache, wenn sie ihm ins Haus geschickt wird, gar nicht übernehme, oder die Mängel dem Verkäufer anzeige. Aber der französischen Rechtsprechung handelte sich offenbar nur darum, eine Dispositionsstellungspflicht zu schaffen, denn jene Gründe, welche die Entstehung der Mängelanzeigepflicht in Deutschland veranlassten, waren offenbar auch in Frankreich wirksam und hatten eine gewohnheitsrechtliche Erweiterung der Bestimmung des Art. 1641 C.N. nicht nur weit über deren Sinn, sondern, ganz wie in Deutschland, weit über das wirkliche Bedürfniss zur Folge.⁵⁰⁾

Es lag daher ausserordentlich nahe, den Art. 347 H.G.B. in der zum Gesetze erhobenen ganz allgemeinen Weise zu fassen. Wohl ist dem Principe nach derselbe auf ein viel engeres Gebiet eingeschränkt worden: aber der zum Theile unbewusste, zum Theile bewusste theoretische Anknüpfungspunkt waren auch hier zweifellos die römischen Grundsätze über den Ausschluss der Gewährleistung bei sichtbaren Mängeln, und in dieser Beziehung standen auch die meisten Mitglieder der Redaktionskommission des Handelsgesetzbuches unter dem Einflusse der französischen Rechtssprechung,⁵¹⁾ welche wenn auch zweifellos denselben soeben dargelegten legislatorischen Gründen entsprungen wie das deutsche Gewohnheitsrecht, sich ausschliesslich

⁴⁹⁾ Vergl. Dalloz 55, V, 465 (?) 58, II, 21 Lyon (Zwei Entscheidungen) 65, III, 64 trib. comm. de Gand, 46, I, 251 unklar.

⁵⁰⁾ Dagegen wurde der Versuch Art. 105 und 106. C. com. auf dieses Verhältniss anzuwenden, zurückgewiesen, da sie sich blos auf das Verhältniss zum Frachtführer beziehen.

⁵¹⁾ Vergl. Protokolle S. 618.

an die Grundsätze des Gewährleistungsrechts anlehnte. So unrichtig und legislatorisch verwerflich nun auch dieser Ausgangspunkt war, so musste doch, nachdem man diesen einmal genommen hatte, der Unterschied zwischen dem Stillschweigen, welches die Spekulation auf fremde Kosten decken sollte, und solchem bei dem dies nicht der Fall war, der Redaktionskommission verschlossen bleiben.

Dem sei aber wie immer, das scheint zweifellos zu sein, dass die Bestimmung des Art. 347 H.G.B. ihrem ursprünglichen Grundgedanken nach bloß auf jene Fälle Anwendung finden sollte, in denen dem Käufer sein Stillschweigen die Möglichkeit verschaffte, mit einer ihm als Erfüllung eines Kaufvertrages angebotenen Waare zu spekuliren. Insofern aber der Art. 347 H.G.B. darüber hinausgeht, erscheint er als singuläre, auf theoretischen Missverständnissen beruhende und einseitig das Interesse der Kaufleute wahrnehmende Bestimmung, welche, wenn sie das auch im Geschäftsleben gewiss nicht bloß als Verkäufer, sondern als Käufer auftreten, bei irgendwie ordnungsmässigem Geschäftsgange allerdings die Vorschriften des Art. 347 H.G.B. leicht beobachten können, während ihr Konsument weder in der Lage ist, derartige Formvorschriften zu beobachten, noch auch das Bewusstsein hat, sie beobachten zu sollen.

Immerhin zeigt auch der Art. 347 H.G.B., dass sich die Erstreckung der Bedeutung eines Prinzips über seinen natürlichen Wirkungskreis immer empfindlich rächt. Ist der Art. 347 H.G.B. auf Nichtkaufleute als Käufer anwendbar? Man darf es füglich nicht bezweifeln. Was bedeutet aber dann: „ohne Verzug nach der Ablieferung so weit dies nach ordnungsmässigem Geschäftsgange thunlich ist“ beim Nichtkaufmann? Macht der Nichtkaufmann „Geschäfte“, hat er einen „ordnungsmässigen Geschäftsgang“? Es ist klar, man hat bei der Fassung des Art. 347 H.G.B. nur an den Verkehr zwischen Kaufleuten gedacht, und man konnte auch nicht wohl anders.

Wenn man aber beim Art. 347 immerhin im Zweifel sein kann, ob ihm das soeben dargelegte Prinzip oder eine Erweiterung der über die Genehmigung sichtbarer Mängel bestehenden Normen zu Grunde liege, so ist jedenfalls jeder Zweifel dort ausgeschlossen, wo die Qualität gar nicht in Frage war, wo es sich bloß um die Beurtheilung des Stillschweigens handelt, welches auf eine Offerte, Anzeige oder Mittheilung, die von einer realen Leistung begleitet waren, folgte, während der andere Theil gebunden war.

Diese Bedeutung hat zunächst das Stillschweigen auf die Anzeige

des Rücktritts von einem abgeschlossenen Geschäft, namentlich einem Kaufe. Eine solche Rücktrittsanzeige ist, wo der Käufer kein Rücktrittsrecht hatte, nur eine Rücktrittsofferte, die der Verkäufer, wie jede andere Offerte annimmt, wenn sie ihm vortheilhaft, ablehnt, wenn sie ihm nachtheilig scheint, sie ist gleichsam ein vom Käufer dem Verkäufer angetragener Kauf der ihm verkauften Waare. An Stelle des Kaufpreises beansprucht er den Erlass der *actio venditi*. Wenn nun der Verkäufer so lange schweigt, bis er die Konjunktur übersehen kann, so hat er sich die Vortheile des ihm angebotenen Geschäfts ebenso angeeignet, wie dies oben mit Bezug auf den Käufer ausgeführt wurde. Hinzuzufügen ist nur, dass man bei der Rücktrittsofferte viel geneigter ist die Verpflichtung zur Antwort anzunehmen, als bei gewöhnlichen Kaufofferten, da es sich doch nicht um ein neues Geschäft, sondern blos um eine Phase des bereits abgeschlossenen Geschäftes handelt.

So wurde die Klage des Verkäufers, der die ihm als vertragswidrig zurückgeschickte Gerste stillschweigend annahm und erst nach vier Monaten auf Zahlung des Preises klagte, vom H.G. Mannheim aus folgenden Gründen abgewiesen: „Es komme in Betracht, dass Gerste eine Waare sei, die einen häufigen und grossen Schwankungen unterworfenen Markt- und Börsenpreis hat, es aber mit der Redlichkeit des Geschäftsverkehrs unvereinbar erscheint, dass bei solcher Waare ein Theil den andern monatelang in Ungewissheit lässt, ob er die Lieferung verlange oder vom Vertrage abstehe. Es hiesse dies ohne eigenen Einsatz auf fremde Gefahr und Kosten spekuliren. Wie ein ordentlicher Kaufmann ein derartiges Verfahren meidet, so haben auch die Gerichte, so weit es an ihnen liegt, derartigen Ansprüchen entgegenzutreten, indem sie dies als eine Verletzung von Treue und Glauben, unter welchen alle Handelsgeschäfte abgeschlossen werden, zurückweisen.“⁵²⁾

Ein Widerspiel der bisher erörterten bilden jene Fälle, in denen nicht der Käufer bzw. der Verkäufer als Rückkäufer auf Kosten des Verkäufers bzw. Rückverkäufers, sondern der Verkäufer auf Kosten des Käufers spekulirt, indem er auf die Rücktrittsanzeige desselben solange nichts erwiedert, bis er die Gestaltung der Konjunktur übersieht. Die Rücktrittsofferte giebt dem Käufer

⁵²⁾ Busch XIX, 144 H.G. Mannheim 1868. Einen solchen Fall hat auch der Kassationshof Brüssel entschieden: Dalloz 85, I, 4.

die Möglichkeit, sich die Waaren, die er benöthigt, wenn nachher die Preise fallen sollten, billiger zu verschaffen. Als Entgelt dafür beansprucht der Verkäufer den Erlass der *actio emti*. Der Käufer wird daher, insofern nicht andere spekulative Momente in Betracht kommen, die Rücktrittsofferte annehmen, wenn er das Fallen der Preise erwartet, er wird sie ablehnen, wenn er glaubt, dass die Preise steigen werden. Wartet er aber die Gestaltung der Konjunktur ab, weist er die Offerte erst dann zurück, wenn er die Preise fallen sieht, so liegt es auf der Hand, dass er auf Kosten des Verkäufers spekulierte, dass er sich zwar die Möglichkeit angeeignet hat, sich zu fallenden (also billigeren) Preisen zu versorgen, aber das dafür beanspruchte Entgelt, den Verzicht auf die *actio emti*, nicht leisten will. Eine solche Spekulation auf fremde Kosten wird unmöglich gemacht, indem man das Stillschweigen als Genehmigung der Rücktrittsanzeige behandelt, und so den Käufer unter allen Umständen für die ihm gebotene Möglichkeit zu spekuliren durch Verwirkung der *actio emti* bezahlen lässt. Diese Grundsätze wurden in einer Entscheidung des Reichsoberlandesgerichts anerkannt, welche dahin geht, der Käufer, welcher auf die Rücktrittsanzeige des Verkäufers von Soda zwei Jahre lang keine Antwort gab, dürfe nicht mehr auf Erfüllung klagen. „Der Verklagte durfte vom Kläger nicht so lange in Ungewissheit gelassen werden, ob auf vollständige Erfüllung des Vertrages bestanden wird oder nicht. Das Verhalten des Klägers erweckt den Verdacht, er habe nur deshalb nachträglich Vertragserfüllung verlangt, weil Soda inzwischen im Preise gestiegen ist; daraus ergibt sich zur Genüge, wie nothwendig es ist, das Verhalten des Klägers als Rücktritt vom Vertrage zu deuten: das Gegentheil anzunehmen, hiesse die Verletzung von Treue und Glauben im Handelsverkehr sanktioniren.“⁵³⁾

Belehrend ist namentlich eine Münchener Entscheidung: der Beklagte, welcher sich verpflichtet hatte, Gansleberpasteten zu liefern, eröffnete dem Käufer nachträglich — im November — dass er sich übereilt habe und den Vertrag nicht halten wolle. Hierauf erwiderte der Kläger anfangs Januar, nachdem dreiviertel der Saison verstrichen waren, dass er auf Erfüllung bestehe. Seine Klage wurde aus folgenden Gründen abgewiesen. „Der Beklagte konnte und musste bei dem zwischen ihm und dem Kläger bestehenden Geschäfts-

⁵³⁾ R.O.H.G. IX, 412 (1873).

verkehre erwarten, dass Kläger, wenn er mit dem Rücktritte nicht einverstanden ist, sofort, und jedenfalls in kürzester Zeit erkläre, er bestehe auf Leistung und Schadenersatz, zumal mit Rücksicht auf die Eigenschaft der bestellten Waare als einer Saisonwaare, welche hohen Preisschwankungen unterworfen und nach dem eigenen Zugeständnisse des Klägers, seit der Bestellung fortwährend im Steigen begriffen war.“⁵⁴⁾

Endlich beruht auf derartigen Erwägungen die Entscheidung des O.A.G. Dresden, wenn auch die Gründe der Spekulation auf fremde Kosten nicht erwähnen, sondern sich darauf stützen, dass alle zur Begründung der *exceptio doli* erforderlichen Merkmale vorhanden sind, „wenn der Käufer, der gegen den Verkäufer seinen Rücktritt vom Vertrage erklärt und ihn dadurch erst in die Meinung, dass die Auflösung des Vertrages nur von ihm abhängig sei, versetzt, nach Befinden ihn dadurch zu entsprechenden Verfügungen bestimmt, später gleichwohl noch unter Zurücknahme seiner Erklärung den Verkäufer auf die Erfüllung des Vertrages belangen will.“⁵⁵⁾ An sich ist diese Begründung gewiss unhaltbar. Die Rücktrittserklärung war, wie das Oberappellationsgericht selbst hervorhob, nichts als ein Antrag; da dieser nicht angenommen wurde, so existirte er als solcher für die juristische Beurtheilung des Falles nicht. Dagegen scheint es mir zweifellos zu sein, dass hier der Käufer auf Kosten des Verkäufers spekulierte: denn was sonst als eine Wendung der Konjunktur konnte ihn veranlassen, seine frühere Erklärung nicht gelten zu lassen, was konnte der Grund sein, dass der Verkäufer sich so sehr gegen den Anspruch sträubte? Allerdings wurde im Jahre 1855 der Gesichtspunkt der Spekulation auf fremde Kosten noch nicht so sehr gewürdigt, wie dieses heute der Fall ist, und kam wohl auch deswegen in der Begründung nicht zum Ausdrucke.

Der zweite Fall, in dem das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch Stillschweigen als Willenserklärung behandelt, ist der des Art. 364 Abs. 2 H.G.B.: der Kommittent, welcher den Einkauf seines Kommissionärs wegen Ueberschreitung des gesetzten Preises als nicht für seine Rechnung geschehen zurückweisen will, muss dies ohne Verzug auf die Einkaufsanzeige erklären, widrigenfalls die Ueberschreitung des Auftrages als genehmigt gilt. Hier

⁵⁴⁾ Busch XL, 213 H.A.G. München 1875; vergl. auch Sächs. XLIV, 56 R.O.H.G. 1875.

⁵⁵⁾ Seuffert XI, 223 Dresden 1855.

finden wir dieselbe *ratio legis* wieder: jede Spekulation auf fremde Kosten auszuschliessen.⁵⁶⁾ Die Bestimmung gilt nur für den Einkaufskommissionär, nicht auch für den Verkaufskommissionär, und zwar deswegen, weil diese Gefahr in der Regel nur beim ersteren vorhanden ist. Ist die Waare einmal vom Kommissionär verkauft, so hat sie der Verkäufer nicht mehr, und wenn er auch nach einem Jahre den Verkauf als nicht für seine Rechnung geschehen zurückweisen sollte, so kann er doch nicht mehr verlangen, als die Differenz zwischen dem dem Kommissionär gesetzten und dem von ihm erzielten Kaufpreis. Beim Einkaufskommissionär ist dies anders; ist die Waare etwa nach zwei Monaten erheblich im Preise gesunken, so könnte der Geschäftsherr, wenn ihm dies frei stünde, erst jetzt den Einkauf als nicht für seine Rechnung geschehen zurückweisen, und sich anderwärts zu dem nunmehr billigeren Preise versorgen, so auf Kosten seines Kommissionärs spekulierend.⁵⁷⁾

Es ist daher ausserordentlich charakteristisch, dass, wo immer die Möglichkeit einer Spekulation auf Kosten des Verkaufskommissionärs vorliegt, das Stillschweigen auf die Verkaufsanzeige desselben in gleicher Weise behandelt wird, wie hier das Stillschweigen über die Einkaufsanzeige. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Verkauf nicht wegen Ueberschreitung des gesetzten Preises, sondern aus andern Gründen auftragswidrig oder gar ohne Auftrag erfolgte. Hier ist eine ähnliche Spekulation des Kommittenten auf Kosten des Kommissionärs möglich, wie in dem Falle des Art. 364 Abs. 2 H.G.B., wenn auch nicht *à la baisse*, sondern *à la hausse*. Der Kommittent wartet die Gestaltung der Konjunktur ab, und wenn die Preise gestiegen sind, theilt er dem Kommissionär mit, er genehmige den Verkauf nicht, sondern verlange die Differenz zwischen den erzielten und den nunmehr erzielbaren Preisen.

In einem solchen Falle brachte das Reichsoberhandelsgericht einen dem im Art. 364 Abs. 2 H.G.B. ausgesprochenen ähnlichen Grundsatz zur Anwendung. Der Beklagte hat den bei ihm konsignirten Hafer auftragswidrig verkauft und ist deswegen zum Ersatze des Interesse verpflichtet. Für das Interesse ist der Preis der Waare in jenem Zeitpunkte maassgebend, in welchem der Konsignant die Waare verkauft hätte. Dieser Zeitpunkt ist zu ermitteln. „In dem vor-

⁵⁶⁾ Grünhut in Endemann's Handb. III, S. 243.

⁵⁷⁾ R.O.H.G. II, S. 90 (1870); hierher gehört wohl A.C. IV, 531 (1874).

liegenden Falle macht der Beklagte nicht ohne Grund geltend, dass der Preis des Hafers kurze Zeit nach dem in Rede stehenden Verkaufsabschlusse eine steigende Tendenz angenommen hatte und die Konsignatare für den Fall, dass der Kläger den Verkauf nicht genehmigte, sich in der Lage befunden haben würden, durch Ankauf eines entsprechenden Quantums Hafer gegen den ihnen wegen ihrer Verantwortlichkeit drohenden Verlust sich, wenn auch nicht ganz, so doch zum Theile zu sichern.“ Mit Rücksicht hierauf wurde zwar der Zeitpunkt der Verkaufsanzeige für in erster Linie maassgebend erklärt, hierbei aber dem Konsignanten ein modicum tempus zur Erwägung dessen, was er für rathsam zu halten habe, bewilligt; dagegen wurde es abgelehnt, den Zeitpunkt der endlichen Erklärung des Konsignanten zu berücksichtigen, da diese vom Kläger mehrmals ohne Anlass verschoben wurde: hierin sei „da infolge des nicht mehr zweifelhaften nahen Kriegsausbruches (1870) die Getreide- und insbesondere die Haferpreise bedeutend gestiegen waren, auch eine fernere Steigung erwartet werden konnte, eine präjudizielle Verletzung der Rücksicht zu erblicken, welche vom Kläger oder Konsignatoren geschuldet waren.“⁵⁸⁾ Wenn auch das Reichsoberhandelsgericht hier die schwankende Haltung des Konsignanten gegenüber der Verkaufsanzeige nicht als Genehmigung derselben behandelt, so kommt es diesem Ergebnisse praktisch sehr nahe, indem es annimmt, die Konsignanten hätten sich innerhalb einer kurzen Zeit, nachdem ihnen mitgetheilt wurde, dass der Verkauf nicht genehmigt wird, durch Ankauf einer gleichen Quantität Hafer gedeckt, so dass die Konsignatare bloss zum Ersatze jenes Betrages verurtheilt wurden, den sie auch bei rechtzeitiger Deckung infolge des zu leistenden Schadenersatzes verloren hätten.

In einer Reihe anderer Entscheidungen, welche sich auf Börsenkommissionsgeschäfte beziehen, wird aber das Stillschweigen des Kommittenten ohne Weiteres als Genehmigung des vom Kommissionär auftragswidrig bewirkten Verkaufs behandelt. Bei Börsenkommissionsgeschäften könnte nämlich der Kommittent, dem es gestattet wäre, die Gestaltung der Konjunktur abzuwarten, die Spekulation auf Kosten des Verkaufskommissionärs à la baisse versuchen und namentlich beim ungedeckten Verkaufe den Kommissionär empfindlichen Gefahren aussetzen: würden die Preise nachträglich

⁵⁸⁾ R.O.H.G. IV, 204 (1871).

fallen, so genehmigt er den Verkauf, deckt sich zu niedrigeren Preisen und heimst die Differenz ein, steigen die Preise dagegen, so weist er den Verkauf als nicht für seine Rechnung geschehen zurück und verlangt die Differenz zwischen dem gesetzten und dem wirklich erzielten Preise. Nun bildet den Gegenstand des zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär bestehenden Vertragsverhältnisses die Möglichkeit des Gewinnes, den der Kommittent durch die vom Kommissionär vollzogene Transaktion erzielen kann;⁵⁹⁾ es ist daher klar, dass der Kommittent, welcher, indem er auf die ihm vom Kommittenten erstattete Verkaufsanzeige schwieg und sich dadurch die Möglichkeit durch den von demselben ausgeführten Verkauf Gewinn zu erzielen, verschaffte, sich den Gegenstand des Vertragsverhältnisses bereits angeeignet hat, und seinerseits verpflichtet ist, die aus dem Kommissionsverhältnisse für ihn entspringenden Verbindlichkeiten zu erfüllen, den Verkauf zu genehmigen und die Provision zu bezahlen.

So wurde vor allem ein Fall dieser Art vom Reichsoberhandelsgericht entschieden: „In ihrem Schreiben melden die Kläger dem S., dass sie auf seine heutige Drahtordre die hier fraglichen 100 Stück Franzosen à 234 $\frac{1}{2}$ per ultimo verkauft haben, und ertheilen ihm demgemäss Abrechnung, mit der Bitte, ihnen dieselbe bei Richtigbefunde bestätigen und ihnen den Gegensatz baldigst remittiren zu wollen. Der Verstorbene S. ersah mithin aus diesem Schreiben, dass die Kläger auf Grund eines ihnen nach ihrer Meinung von ihm ertheilten Auftrages verkauft zu haben glaubten, und welchen Erfolg die Ausführung dieses Geschäftes für ihn gehabt hat. Hatte er daher den vermeintlichen Auftrag an die Kläger in Wirklichkeit nicht ertheilt, so würde er sich bei der zwischen ihm und dem Kläger bestehenden Geschäftsverbindung eines argen Verstosses gegen das den Handelsverkehr beherrschende Prinzip von Treu und Glauben schuldig gemacht haben, wenn er, ohne den, sei es auch ohne seinen Auftrag von den Klägern vorgenommenen Verkauf als für seine Rechnung geschehen anerkennen zu wollen, die Kläger nicht alsbald über ihren Irrthum aufgeklärt, und sie dadurch in den Stand gesetzt hätte, den sie infolge desselben bedrohenden Schaden thunlichst von sich abzuwenden; weshalb sein Stillschweigen, da ein solches der bona fides nicht entsprechendes Verhalten und der

⁵⁹⁾ Grünhut in Endemann's Handb. III, S. 160.

etwaige Versuch einer Spekulation auf Kosten der Kläger nicht unterstellt werden darf, eventuell aber ohne Erfolg bleiben müsste, nur als Genehmigung des geschehenen Verkaufs aufgefasst werden kann.“⁶⁰⁾

Aehnlich fiel eine Entscheidung des A. G. Kiel aus. Der Kommissionär schickte seinem Kommittenten, mit dem er längere Zeit in Geschäftsverbindung stand, eine Note folgenden Wortlauts: „Von Ihnen gekauft Stück 50 Franzosen, resp. 152 Stück Franzosen Ultimo Juni inclusive Dividende 785¹/₂. 28. Juni 1869 R.L.“ Der Kommittent liess die Note unbeantwortet. Nachdem die Aktien gestiegen waren, verlangte der Kommissionär die Differenz. Der Klage wurde stattgegeben. „Die Note enthielt nicht blos den Antrag eines Geschäftes, sondern sie war so gefasst, als ob das Geschäft bereits abgeschlossen wäre: sie erhielt das Bekenntniss des Käufers über ein abgeschlossenes Kaufgeschäft, beweist aber diesem gegenüber den Geschäftsabschluss, so dass, wenn der Kurs, statt zu steigen, gefallen wäre, Verklagter auf Grund derselben die Verurtheilung des Klägers zur Abnahme der Aktien zu einem hohen Preise durchzusetzen im Stande wäre. Es musste daraus für den Beklagten die Ueberzeugung entspringen, dass der Kläger ihm die Note nicht beliebig belassen wollte, auch nicht nothwendig eine ausdrückliche Annahmeerklärung erwarte, sondern auf die Zurücksendung rechnet, wenn Verklagter das Geschäft nicht eingehen wolle.“ Namentlich sei dies der Fall, wo es sich um Waare handle, die so sehr den Kurschwankungen unterworfen ist, wie die in Rede stehenden Werthpapiere. Dies wäre jedoch an sich nicht entscheidend. Es liege nicht in der Befugniss eines jeden Händlers, beliebige Personen, und wären sie auch Kaufleute, durch Ueberfall mit derartigen Noten zu einem positiven Thun zu nöthigen. Hier ergäbe sich aber die Verpflichtung zur ausdrücklichen Ausschlagung der Offerte, weil sonst Treu und Glauben, wie solche im Handelsverkehr beobachtet werden, verletzt werden würden: der Kläger hat nicht blos schon früher Handelsgeschäfte für den Beklagten besorgt, sondern noch in dem nämlichen Monate eine gleiche Verkaufskommission und sogar über dieselbe Gattung von Papieren für den Verklagten ausgeführt.⁶¹⁾

⁶⁰⁾ R.O.H.G. XIII, 45 (1874).

⁶¹⁾ Busch XXVIII, 160 A.G. Kiel 1871; auch Seuffert XXXIII, 225 R.O.H.G. 1870 könnte hierher gezählt werden, doch greift hier überdies auch der Gesichtspunkt der konkludenten Vollmachtsertheilung durch wiederholte Genehmigung

Noch eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts soll hier angeführt werden, obwohl der hier erörterte Gesichtspunkt nicht ganz genügt, um sie zu erklären. Der Angestellte des Agenten eines Kommissionshauses offerirte einer Firma eine Verkaufskommission, die von dem von seinem Prinzipal vertretenen Hause auszuführen wäre. Diese Offerte wurde von der Firma ausdrücklich abgelehnt. Trotzdem gab der Angestellte die Ordre dem betreffenden Kommissionshause im Namen jener Firma auf, in der Erwartung, dieselbe werde den demnächst für sie abgeschlossenen Verkauf genehmigen. Der Klage des Kommissionärs gegen die Firma wurde aus folgenden Gründen stattgegeben. „Wenn Beklagter die Anzeige von dem Verkauf und mit demselben die Schlussscheine erhielt, so hatte es offenbar keine Bedeutung, wenn dieser die für ihn bestimmten, von der Kommissionsfirma unterfertigten Exemplare dem Kommiss des Agenten mit dem Bemerken aushändigte, dass er den Verkauf nicht genehmige, vielmehr muss er seine Nichtgenehmigung dem Agenten des Kommissionshauses oder diesem direkt erklären, wenn er sich nicht dem Verdachte aussetzen wollte, dass er zum Nachtheile des Kommissionshauses, das sich gebunden erachtete, auf Schwankungen im Preise des Weizens spekulire.“⁶²⁾

Das Reichsoberhandelsgericht erachtete es jedoch bedenklich, hier in der Nichtanzeige allein eine Genehmigung zu finden, offenbar deswegen, weil die Firma bisher mit dem Kommissionär in gar keiner Geschäftsverbindung stand, daher von einer Pflicht zur Aeusserung keine Rede sein konnte. Es betonte daher überdies noch, dass der Beklagte dem Kommissionshaus später noch eine Verkaufskommission ertheilte, was er doch schwerlich gethan hätte, „wenn er das erste und einzige Geschäft, welches dieser für ihn besorgt hatte, zu repro-biren Willens war“ und namentlich, dass er einen Theilbetrag später bezahlte. In beiden Handlungen kann allerdings eine ausdrückliche, dem andern Theile gegenüber stattgefundene Genehmigung in dem im ersten Kapitel dieser Schrift erörterten Sinne erblickt werden.

Eine alte lübische Entscheidung unterscheidet sich von den bisher besprochenen dadurch, dass es sich nicht um instruktionswidriges Thun, sondern um ein instruktionswidriges Nichthun des Kommissionärs handelte. Dieser hatte es nämlich unterlassen, die Waare

ein. Diese Fragen werden hier nicht erörtert (vergl. Vorrede). Vergl. auch Dalloz 86, I, 255 (1855).

⁶²⁾ Arch. f. W.R.N.F. IV, 234 R.O.H.G. 1872.

zu einem das Limito übersteigenden Preise bei günstiger Konjunktur zu verkaufen. Der Kommittent, dem er dies mittheilte, als die Preise sich noch hielten, sprach nur die Hoffnung und den Wunsch aus, zu erfahren, ob ein guter Verkauf gelungen ist; später aber, nachdem der Verkauf zu ungünstigen Preisen erfolgte, forderte er vom Kommissionär die Differenz zwischen dem wirklich erzielten und dem beim rechtzeitigen Verkauf erreichbaren Preise. Die Klage wurde abgewiesen. Die Entscheidungsgründe führen aus, dass der Beklagte in seinem Antwortschreiben das bisherige Verhalten des Kommissionärs nicht stillschweigend billigen und dadurch seinem Verhältniss zu demselben eine Wendung geben durfte, dass nun die Waare bei demselben fortwährend auf seine Rechnung lagerte, so dass ihm bei einem plötzlichen bedeutenden Steigen der Preise die Vortheile einer solchen Steigerung zufielen, im entgegengesetzten Falle, bei fortwährendem Sinken der Preise er die Differenz von dem Kommissionär ersetzt verlangen könne. „Denn es würde gegen die in Handelsgeschäften strenge aufrecht zu erhaltende bona fides verstossen, wollte man dem einen Kontrahenten gestatten sich in die Lage zu versetzen, die Billigung oder Missbilligung nach dem Ausfalle des Geschäfts einzurichten und seinen Mitkontrahenten zu einem Verfahren Anlass zu geben, wozu derselbe sich bei einer ihm gewordenen klaren und festen Erklärung schwerlich entschlossen hätte.“⁶³⁾

Dieselben Gesichtspunkte kommen auch in Betracht, wenn es sich nicht um Handlungen eines Kommissionärs, sondern eines Stellvertreters, der seine Vollmacht überschritten hatte, oder eines negotiorum gestor handelt, die erst durch die Genehmigung des Geschäftsherrn für ihn verbindlich werden sollen. Auch hier wird man entscheiden müssen, dass dieser das Geschäft genehmigt habe, wenn er durch sein Stillschweigen die Möglichkeit wahrte, den etwaigen günstigen Ausfall einer von dem Geschäftsführer ausgeführten Spekulation sich anzueignen.⁶⁴⁾ In diesem Sinne entschied das Reichsoberhandelsgericht einen Fall, in dem es sich um Börsenspekulationen handelte, die das klagende Bankhaus im Auftrag eines hierzu nicht ermächtigten Organes der beklagten Genossenschaft, die mit dem Bank-

⁶³⁾ Seuffert V, 157 Lübeck 1851. Nicht hierher gehört die Anzeigepflicht des Kommissionärs (Art. 361, Satz 2 H.G.B.), auch insofern sie den Zweck hat, die Spekulation desselben auf Kosten des Kommittenten zu hindern. Es ist dieses eine Verpflichtung aus dem Vertragsverhältniss.

⁶⁴⁾ Zimmermann, Stellvertretende negotiorum gestio S. 293, Note 396.

hause bisher in Geschäftsverbindung gestanden ist, ausführte, wobei allerdings auch darauf Gewicht gelegt wurde, dass das Bankhaus irrthümlich den Funktionär der Genossenschaft zur Ertheilung der Aufträge für ermächtigt hielt. Die in ihrem Namen ausgeführten Börsenspekulationen konnte die Genossenschaft aus den ihr zugeschickten Kontoauszügen ersehen.⁶⁵⁾

Auch die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über das Rücktrittsrecht des nichtsäumigen Kontrahenten bei Handelsgeschäften beruhen auf denselben Erwägungen.⁶⁶⁾ Der nichtsäumige Käufer hat nach dem Handelsgesetzbuche die Wahl, die Erfüllung und Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung oder anstatt der Erfüllung Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu fordern: im letztern Rechte ist auch das Recht vom Vertrage abzugehen, als ob er nicht geschlossen wäre, als das minus enthalten. Dasselbe Wahlrecht steht auch dem nichtsäumigen Verkäufer gegenüber dem säumigen Käufer zu, und es ist ebenfalls nur eine besondere Gestaltung des Rechts, statt der Erfüllung Schadenersatz zu fordern, wenn ihm das Recht eingeräumt wird, die Waare für Rechnung des Käufers zu verkaufen und Schadenersatz zu verlangen. Auch hierin ist das Recht, vom Vertrage zurückzutreten, als ob derselbe nicht geschlossen wäre, als das minus enthalten.

Das Wahlrecht des nichtsäumigen Kontrahenten beschränkt sich daher in der That auf zwei Alternativen: Erfüllung oder Schadenersatz statt Erfüllung. Bei Geschäften, bei welchen nicht bedungen ist, dass die Waare genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist geliefert werden soll, ist die Möglichkeit, dieses Wahlrecht für Spekulationen auf Kosten des säumigen Kontrahenten auszunützen schon durch die im Art. 356 H.G.B. vorgeschriebene Anzeige eingeschränkt; denn wenn auch der nichtsäumige Kontrahent den Zeitpunkt seiner Entschliessung beliebig hinausschieben kann, so steht es auch dem säumigen Käufer und Verkäufer frei, bis zur Rücktrittsanzeige den Verzug zu heilen so die Ungewissheit zu beseitigen und die Konjunktur seinerseits auszunützen.

Dieses Wahlrecht kann aber auch in dieser Einschränkung den säumigen Kontrahenten unter Umständen unbillig beschweren. Denn wenn der säumige Kontrahent auch bis zur Anzeige seinen Verzug

⁶⁵⁾ Seuffert XXXIII, 255 R.O.H.G. 1877.

⁶⁶⁾ Dies wird anerkannt R.O.H.G. V, 438 (1872).

heilen kann, so wird er doch natürlich höchst selten im Stande sein, es zu thun. Die Gerichte suchten also dieses Wahlrecht früher nach Möglichkeit einzuschränken, indem sie dem Nichtsäumigen nur dann das Recht einräumen, auf Schadenersatz anstatt Erfüllung und Schadenersatz zu klagen, wenn er die in Art. 356 H.G.B. vorgeschriebene Anzeige rechtzeitig erstattete, da „es die Rücksicht auf Treu und Glauben nicht zulässt, dass der eine Kontrahent aus der Erfüllung oder Nichterfüllung eines eingegangenen Vertrages eine Spekulation auf den Schaden des anderen Kontrahenten mache.“⁶⁷⁾

Bei Fixgeschäften kann dagegen die Erfüllung überhaupt nur in einem bestimmten Zeitpunkte oder bis zu einem bestimmten Zeitpunkte verlangt werden. Obwohl aber der nichtsäumige Kontrahent auch hier das Recht hat, die Erfüllung des Vertrages noch nachträglich zu fordern, ein Recht, das ihm füglich nicht versagt werden kann, so kann er dieses Recht kaum zur Spekulation auf Kosten des säumigen Kontrahenten benutzen, da ihn das Handelsgesetzbuch verpflichtet, dem letzteren sofort, nachdem dessen Säumniss feststeht, anzuzeigen, dass er auf Erfüllung bestehe.⁶⁸⁾ Das Stillschweigen gilt also als Verzicht auf das Recht, Erfüllung des Vertrages zu fordern.

Bemerkenswerth ist es jedoch, dass selbst die strengen Vorschriften des Handelsgesetzbuches über die Ausübung des Wahlrechts bei Fixgeschäften die Spekulation auf Kosten des säumigen Kontrahenten nicht ganz hindern können. In einem Falle, in dem eine solche Spekulation vorlag, wurde ihr im Einklange mit dem Geiste, wenn auch im Widerspruche mit dem Wortlaute des Gesetzes, in derselben Weise entgegengetreten, indem das Stillschweigen als Aeusserung aufgefasst worden ist.

Der Käufer, dem die Waare auf Kredit zu liefern war, erhielt erst einige Tage nach dem Lieferungstage die Mittheilung, die Waare stehe zu seiner Verfügung, er, der Verkäufer, habe mittlerweile über den Kreditwürdigkeit des Käufers Erkundigungen eingezogen. Der Käufer antwortete, er nehme die Waare nunmehr nur gegen baar und Kassaskonto, und schickte auch die nachträglich zugekommene Faktura zurück. Der Verkäufer in der Meinung, dem Käufer handle es sich

⁶⁷⁾ Busch I, 546 Nürnberg 1868.

⁶⁸⁾ Art. 357 H.G.B. Das Recht vom Vertrage zurückzutreten, als ob er nicht geschlossen wäre, er ist auch hier im Rechte Schadenersatz statt Erfüllung verlangen, als das minus enthalten.

nur um das Kassaskonto, brachte dieses vom fakturirten Preise in Abzug und übersandte dem Käufer die nunmehr gekürzte Fakura. Dieser retournirte sie jedoch bald darauf mit der Bemerkung, er weise die Waare als verspätet zurück, er habe sich anderweitig versorgt. Trotzdem wurde der Klage auf Zahlung des Kaufpreises stattgegeben. „Wollte Beklagter die Annahme der Waare wegen Verspätung ablehnen, so gebot Treu und Glauben, dies ohne Verzug auf die Offerte dem Kläger zu erklären. Kläger durfte mit Recht erwarten, Beklagter werde ihn nicht in Ungewissheit darüber lassen, ob er noch auf das Geschäft reflektire oder nicht. Dem Kläger dieses Recht versagen, hiesse dem Beklagten die Ermächtigung einräumen, seine Entschliessung von künftigen, ausserhalb des Vertrages liegenden Verhältnissen, von dem Ausfallen späterer Konjunkturen abhängig zu machen, der Sache nach also ihm gestatten, auf Kosten der Kläger zu spekuliren, hiesse ferner an den Kläger das Ansinnen zu stellen, die Waare ohne gegenüberstehende Verbindlichkeit zu deren Annahme für die Kläger bereit zu halten und dadurch die nöthige Gelegenheit zu anderen Verfügungen in der Zwischenzeit von der Hand zu weisen.“ Der Beklagte kann „dem Vorwurf eines zweideutigen, der Arglist nahe kommenden Gebahrens nur dann entgehen, wenn zu seinen Gunsten angenommen wird, auch er habe, als ihm die erkaufte Waare angeboten worden, das Angebot als ein rechtzeitiges angesehen und solches dem Kläger kund zu geben bezweckt, sei es, dass er auf das Rücktrittsrecht... verzichtet, sei es... dass er überhaupt vom Anfange nicht beabsichtigt hatte, jener Frist die Bedeutung einer fixen, eines Prklusivtermins zu geben.“⁶⁹⁾

Hier war folgende Sachlage vorhanden. Der säumige Verkäufer gab dem Käufer zu verstehen, er setze voraus, derselbe werde trotz des Ablaufs der Frist die Erfüllung annehmen. Der Käufer hat, nachdem er eine zweideutige Antwort gegeben hatte, auf das spätere Ansinnen, die Waare zu übernehmen, geschwiegen und dadurch sich die Möglichkeit gewahrt, je nach der Konjunktur vom Vertrage zurückzutreten, oder auf die Erfüllung zu bestehen. Diese Spekulation auf Kosten des säumigen Verkäufers wurde ihm dadurch abgeschnitten, dass sein Stillschweigen als Genehmigung der Auffassung des letzteren gedeutet wurde. —

⁶⁹⁾ R.O.H.G. VIII 277 ff. (1872).

Ganz ähnliche Gesichtspunkte wie im eigentlichen Waarenhandel, kommen bei Verträgen über Lose in Betracht. Auch bei Losen ist Gegenstand des Vertrages nicht die körperliche Sache, das Stück Papier, sondern die Möglichkeit durch dasselbe einen Gewinn zu erzielen, dessen Höhe mit dem Kapitalswerthe des Looses in gar keinem Verhältniss steht. Wer also ein zum Kaufe angebotenes Los über die Ziehungszeit hinaus behält, der hat sich dadurch die Möglichkeit verschafft, mittelst desselben einen Gewinn zu machen; liegen die Verhältnisse überdies so, dass man dem Empfänger eine Pflicht zur Aeusserung wohl auferlegen kann, so kann man behaupten, er habe dadurch, dass er sich über die Zeit der Ziehung hinaus nicht äusserte, die Verpflichtung übernommen, für die Möglichkeit mitzuspielen, die er sich in dieser Weise angeeignet hatte, den Preis des Loses zu bezahlen. Dies wird schon in einer alten lübischen Entscheidung eingehend erörtert, wo auch ganz allgemein gesagt wird, es sei ein vom O. A. G. Lübeck wiederholt ausgesprochener Grundsatz, „dass zur Perfektion eines Kontrakts zwischen dem Lotteriekollekteur und dessen alten Kunden — und nur bei solchen nimmt das Oberappellationsgericht eben eine Aeusserungspflicht an — über denselben zugesandte unbestellte Loose, das blosse stillschweigende Behalten der Loose Seitens des Empfängers genügt, und dass, sowie daraus der Kunde dem Kollekteur ohne Weiteres zur Bezahlung des Einsatzes verpflichtet wird, so auch derselbe ohne ausdrückliche Akzeption den auf das Loos entfallenden Gewinn erlange.“⁷⁰⁾

In einem vom Reichsoberhandelsgericht entschiedenen Falle handelte, es sich um die Rücktrittsanzeige des Kollekteurs einer Klassenlotterie wegen Verzuges in der Bezahlung des Preises, den sich der Spieler (Käufer der Loose) zu Schulden kommen liess. Das Reichsoberhandelsgericht liess die Anzeige nicht gelten, da sie erst nach Beginn der Ziehung und nachdem auf zwei der fraglichen Loose Gewinne gefallen waren, erfolgte; denn „die Rücksicht auf Treu und Glauben und der aleatorische Charakter des Spielvertrages gestatteten es dem Kollekteur nicht, sich in die Lage zu versetzen, die Resultate der Ziehung abzuwarten und, je nachdem die Loose eines mit der Zahlung der Einlage säumigen Spielers mit einer

⁷⁰⁾ Thöl, Ausgewählte Entscheidungen S. 44; dagegen Busch XXVII, 156 ff. H. G. Lübeck 1871; vergl. hierüber auch: Cohn (Heidelberg) in Endermann's Handb. Bd. II, 654 ff.

Niete oder mit Gewinn herauskamen, den Vertrag einzuhalten oder davon abzugehen, also lediglich auf Kosten des Spielers zu spekulieren.“⁷¹⁾ Auch hier also derselbe Gedankengang. —

Eine ausserordentlich charakteristische Anwendung finden diese Grundsätze im Versicherungsgeschäfte. Der Versicherungsvertrag ist ein zweiseitiger Vertrag: der Versicherte ist zur Bezahlung der Prämie, der Versicherer zur Tragung der Gefahr verpflichtet⁷²⁾. Dabei ist jedoch eine Eigenthümlichkeit des Versicherungsvertrages nicht zu übersehen: die Leistung des Versicherten, die Prämie, ist wohl ein angemessenes Entgelt für die Uebernahme der Gefahr, sie ist aber nichts als ein Entgelt für die Uebernahme der Gefahr, also für die durch den Eintritt eines ungewissen Ereignisses bedingte Schadenersatzpflicht: der Ersatz, der für den bereits eingetretenen Schaden zu leisten ist, steht dagegen in gar keinem Verhältniss zur Höhe der Prämie. Solange sich daher die Prämie als Leistung des Versicherten und die Uebernahme der Gefahr (die bedingte Schadenersatzpflicht) als Leistung des Versicherers gegenüberstehen, ist der Vertrag in Wirklichkeit ein zweiseitig verbindlicher Vertrag. In dem Augenblicke aber, wo das schädigende Ereigniss eingetreten ist oder es sicher ist, dass das schädigende Ereigniss eintreten wird, ist der Vertrag, wenigstens wirthschaftlich, nur einseitig verbindlich. Der unbedingten Pflicht des Versicherers zur Leistung der Entschädigung steht auf Seiten des Versicherten eigentlich gar nichts gegenüber; denn der Entschädigungsbetrag ist stets so hoch, dass daneben die vom Versicherten bereits erlegte Prämie oder die Pflicht zur Bezahlung der noch ausstehenden Prämie verschwindet. Eine Anstalt, welche nach Eintritt des schädigenden Ereignisses sich verpflichten würde, Schadenersatz gegen Leistung der Prämie zu bezahlen, würde nicht mehr einen Versicherungsvertrag schliessen, sondern eine Schenkung machen.

Es ist daher klar, dass der Versicherte, der mit Hilfe irgend welcher Winkelzüge seine Pflicht zur Bezahlung der Prämie solange in Schwebe beliesse, bis das Ereigniss, gegen welches die Versicherung gelten sollte, eintrat, wenn er nunmehr auf den Versicherungsvertrag zurückkommen will, eigentlich nur einen Versuch macht,

⁷¹⁾ R.O.H.G. IX, 55 (1873).

⁷²⁾ Für die Lebensversicherung wird dies bekanntlich bestritten; überzeugend nachgewiesen wird es von Ehrenberg in Goldschmidt's Zeitschr. XXXIII, 1 ff.

den Schaden unentgeltlich auf die Anstalt zu überwälzen: denn damals als die Prämie sich noch als Entgelt für die Uebernahme der Gefahr dargestellt hatte, wurde sie von ihm nicht geleistet; jetzt, wo er sie leisten will, steht ihr nicht mehr die Verpflichtung zur Uebernahme der Gefahr, sondern die Verpflichtung zur Leistung des Schadenersatzes gegenüber, neben welcher sie verschwindet. Ein solcher Versuch muss erfolglos bleiben: die Anstalt kann nicht zu einer unentgeltlichen Leistung genöthigt werden.

Ein Verhältniss, bei dem der Versicherte die Sachlage in dieser Weise ausbeuten könnte, liegt bei der fakultativen Rückversicherung vor. Die Rückversicherung besteht darin, dass der Versicherer den Versicherten gegen den Schaden versichert, welcher für den Versicherten in Folge der Uebernahme der Haftpflicht in einem von ihm, dem Versicherten, mit einem dritten abzuschliessenden Versicherungsvertrage entstehen könnte. Bei der fakultativen Rückversicherung gilt aber die Versicherung bloß für jene vom Versicherten abgeschlossenen Versicherungsverträge, für die der Versicherte dieses ausdrücklich verlangen sollte. Damit jedoch der Versicherte dieses Verlangen nicht erst stelle, nachdem das Ereigniss eingetreten ist oder sich die Wahrscheinlichkeit, dass es eintreten werde, erheblich erhöht hat, besteht die Regel, dass der Versicherte dem Versicherer die Versicherungen, für welche er die Uebernahme der Haftpflicht verlangt, sofort anzeigen müsse, nachdem er die betreffenden Versicherungsverträge abgeschlossen hatte.⁷³⁾

Tritt dagegen der Fall ein, dass der Versicherte, während die Anstalt gebunden war, so lange Stillschweigen beobachtete, so lange seine Verbindlichkeit aus dem Versicherungsvertrage in suspenso beließ, bis es sich gezeigt hat, dass das schadenbringende Ereigniss nicht eintreten werde, so hat er sich schon durch sein Stillschweigen den eigentlichen Gegenstand des Vertrages, die Uebernahme der Gefahr durch die Anstalt während dieses Zeitraums, da er stillschwie, angeeignet, er muss daher die Prämie als Entgelt hiefür bezahlen: denn wäre das schädigende Ereigniss eingetreten, so hätte die Anstalt doch nach der Sachlage Ersatz leisten müssen. So wurde in folgendem Falle entschieden: der Generalagent einer Versicherungsanstalt hat sich selbst bei derselben versichert und erhielt von ihr neben den für dritte Personen bestimmten, von ihm einzukassirenden Prämienquittungen

⁷³⁾ Ehrenberg, Rückversicherung S. 31 ff.

auch die Quittung für die Prämie, die er für seine eigene Versicherung schuldig war, mit der Verständigung, dass er in den Büchern der Anstalt mit dem Betrage der Prämie belastet wurde. Die Quittung wurde von ihm nach mehreren Monaten aus dem Grunde zurückgestellt, weil er die Versicherung auflasse. Das A.G. Mannheim gab der Klage auf Zahlung der Prämie statt, und begründete dies unter anderem in folgender Weise: „Mit Recht hat sich die Gesellschaft auch darauf berufen, dass für sie die nicht beanstandete Belastung mit dem Prämienbetrage das Risiko für das zweite Versicherungsjahr bestehen liess und sich bei dem inzwischen erfolgten Eintritte das Risikofalls die Bezugsberechtigten mit Rechtswirkung auf die darin liegende Zahlung des Betrages hätte berufen können.“⁷⁴⁾

Andererseits kann es auch der Versicherungsanstalt nicht gestattet werden, nachdem das schädigende Ereigniss eingetreten ist, den Vertrag als aufgelöst oder unverbindlich zu behandeln, es sei denn, dass sie Betrug auf Seite des Versicherten nachweisen könnte. Die Anstalt hat sich die Prämie angeeignet und muss nun zur Gegenleistung bereit sein, sie muss den Schaden ersetzen.⁷⁵⁾

Die Rückgängigmachung oder Vernichtung des Vortrages hat eben bei der Versicherung eine ganz andere Bedeutung wie bei jedem anderen Vertrage. Während es sonst in der Regel möglich ist, beide Theile wenigstens bis zu einem gewissen Grade in denselben Zustand zu versetzen, in dem sie sich vor Abschluss des Vertrages befunden haben, ist dies bei der Versicherung nach Eintritt des schädigenden Ereignisses ganz ausgeschlossen. Der Versicherte muss nun den Schaden, gegen den er sich versichern wollte, selbst tragen und neben diesem verschwindet ja die Prämie, selbst wenn der Versicherer bereit ist, sie zurückzustellen. Jede Vernichtung oder Rückgängigmachung des Versicherungsvertrages nach Eintritt des schädigenden Ereignisses geschieht daher ganz einseitig auf Kosten des Versicherten: sie hat stets den Erfolg, dass dieser, obwohl er der Anstalt für die Uebernahme der Gefahr gezahlt hat, nun die Gefahr trotzdem selbst tragen muss. Es ist daher leicht erklärlich, dass die Gerichte den Versicherungsanstalten die Anfechtung der Verträge beinahe nur in Fällen gestatteten, wo der Versicherte nachweisbar

⁷⁴⁾ Busch XXXIX, 272 A.S. Mannheim 1878; über einen anderen in demselben Erkenntnis geltend gemachten Entscheidungsgrund vergl. oben S. 107 ff.

⁷⁵⁾ Insofern sie ihn übernommen hat, also unter denselben Umständen, nicht wenn sich nachträglich die Gefahr erhöht hat.

oder mindestens höchst wahrscheinlich arglistig vorging und die zahlreichen Versuche der Anstalten die Ungiltigkeit des Versicherungsvertrages oder die Verwirkung der Ansprüche aus dem Versicherungsvertrage auf Grund der vielen Verwirkungsklauseln der Polize nach Eintritt des Schadenfalls geltend zu machen, scheitern an dem Rechtsgeföhle und dem gesunden Sinne der Gerichte „trotz des bedauerlichen Mangels eines geschriebenen Versicherungsrechts“, der den Anstalten bei der Abfassung der Versicherungsverträge gänzlich freies Spiel lässt. On comprend d'ailleurs, wird in einer redaktionellen Note der Dalloz'schen Sammlung bemerkt, que la jurisprudence soit disposé à se montrer rigoureuse à l'égard des compagnies, qui souvent ne songent qu'au jour du sinistre à reveler les vices d'un contrat dont elles ont jusqu'alors et dont elles auraient vraisemblablement continué à percevoir les benefices.⁷⁶⁾

Ein näheres Eingehen auf diese Praxis der Gerichte ist an dieser Stelle unthunlich, da dieselbe nicht auf das Stillschweigen des Versicherers sondern auf die Interpretation des Versicherungsvertrages gegründet wird. Ich beschränke mich daher darauf, die Begründung einer Entscheidung des H.A.G. Nürnberg anzuführen, welche den hier vertheidigten Grundsatz direkt ausspricht, und mit dem Gegenstande dieser Schrift in einem engeren Zusammenhange steht. Die Versicherungsprämie wurde zu Handen des Agenten mit Zustimmung des Versicherten von einem Dritten bezahlt, dem auch die Polize ausgefolgt wurde: er sollte sie solange behalten, bis ihm der Versicherte die Prämie ersetzen werde. Es wurde erkannt, dass dadurch die Versicherung in Kraft erhalten wurde und dass daran der Umstand nichts ändert, dass der Agent, nachdem der Brandschaden eingetreten ist, die Prämie dem Dritten zurückstellte und sich den Empfang auf der Polize bestätigen liess. „So wenig eine auf der einen Seite erst nach diesem Zeitpunkte ins Werk gesetzte Zahlung der Prämie dem Versicherungswerber aus dem Versicherungsvertrage Rechte hätte erwerben können, trotzdem die Polize längst ausgefolgt war, ebensowenig vermag andererseits die Versicherungsgesellschaft die nach bereits erfolgtem Brande aus dem perfekten und wirksamen Vertrage erwachsenen Verbindlichkeiten von sich abzuschütteln.“⁷⁷⁾

⁷⁶⁾ Dalloz, Note zu 74, I, 172.

⁷⁷⁾ Busch XXVII, 34 ff. Nürnberg 1872.

Eine interessante Anwendung dieses Grundsatzes enthält auch folgender eigenartiger Fall: der Veräusserer eines Gutes bedang sich aus, der Erwerber habe dasselbe jener von ihm zu bezeichnenden Person abzutreten, welche die mit dem Gute mitübernommenen Lasten, namentlich die an eine ältere Frau zu zahlende Rente zu tragen gewillt ist. Es wurde nun entschieden, dass der Veräusserer auf dieses Recht dadurch verzichtet habe, dass er es mehr als zehn Jahre hindurch, bis inzwischen die betreffende Frau gestorben ist, nicht ausgeübt hatte: *attendu que du temps plus ou moins long, pendant lequel cette double obligation serait exécutée dépendait essentiellement le point de savoir, si l'acquisition faite par S. serait favorable ou onéreuse, et que l'on ne peut delors raisonnablement admettre, que ce dernier ait entendu proroger au B. (dem Veräusserer des Gutes) le droit de réclamer la retrocession de l'immeuble jusqu'au moment où la situation était complètement transformée par l'extinction de la rente viagère.*⁷⁸⁾ Die Uebernahme einer Rente zur Zahlung, die in den hier in Betracht kommenden Beziehungen durchaus den Charakter einer Lebensversicherung trägt, wird hier nach demselben Grundsatz beurtheilt wie diese.

Eine besondere Gestaltung erhalten diese Grundsätze in Anwendung auf den Kaufvertrag, infolge des römischen Satzes: der Käufer trägt die Gefahr der gekauften Sache, und des handelsrechtlichen Satzes: der Käufer trägt die Transportgefahr der gekauften Sache. Diese Sätze lassen den Käufer stets gewissermaassen als Versicherer des Verkäufers erscheinen; und es muss davon ausgegangen werden, dass dies kein leeres Wort ist, dass sich vielmehr bei jedem wohl erwogenen Kaufe der Kaufpreis um die Höhe der Versicherungsprämie für die Sache und bei jedem Distanzkauf um die Höhe einer Prämie für die Transportversicherung niedriger stellt, als er ohne diesen Satz betragen würde. Für die grosse Mehrzahl der Käufe zweifellos eine Fiktion, trifft diese Annahme immerhin nachweisbar zu bei zahlreichen Immobiliargeschäften und im Engros-handel, wo es sich häufig nur darum handelt, wer für die thatsächlich stets erfolgende Versicherung die Prämie zu leisten habe.

Dem A.G. Marienwerder lag nun folgender Fall vor: der Käufer, welcher „beste“ Kohle gekauft hatte und sie auf seine Gefahr verladen liess, wies, nachdem das Schiff, das die Kohle trug,

⁷⁸⁾ Dalloz 71, II, 21 Nimes.

untergegangen war, die Kohle zurück, weil die Faktura ergäbe, dass die Ladung in Thornley-Kohle und nicht in Haswell-Kohle bestand, welche die beste Gattung war, mit der der Verkäufer Handel trieb. Der Klage auf Zahlung des Kaufpreises wurde jedoch trotzdem stattgegeben. Der Käufer, der die Faktura erhalten habe, bevor das Schiff gestrandet war, habe nach Empfang der Faktura unmöglich noch voraussetzen können, dass die für ihn verladene Waare in Kohle aus dieser Grube bestehen werde. Der Empfang der Faktura war daher der allein maassgebende Zeitpunkt für den Entschluss des Käufers ob er die verschifftete Thornley-Kohle als Erfüllung des Vertrages annehmen wolle oder nicht.⁷⁹⁾

Die Entscheidung könnte, beim Worte genommen, wohl stutzig machen; das Appellationsgericht konstatirt hier eine Genehmigung der Qualität der Waare infolge Nichtbeanstandung derselben, also das Präjudiz des Art. 347 H.G.B., ohne dass auch nur eine Voraussetzung dieses Artikels vorhanden, insbesondere ohne dass die Waare abgeliefert worden wäre. Verständlich wird die Entscheidung erst, wenn berücksichtigt wird, dass es sich hier um etwas ganz anderes handelte als um die Qualität der Waare. Wenn der Verkäufer kraft Uebereinkunft oder gesetzlicher Vorschrift zur Tragung der Transportgefahr verpflichtet wäre, dann hätte er die Kohle bei einem Dritten versichert und dem Käufer einen um den Betrag der Prämie höheren Preis berechnet. Wäre die Waare untergegangen, so wäre der Käufer wohl von jeder Verbindlichkeit frei, aber der Werth der Kohle wäre dem Verkäufer vom Versicherer ersetzt worden, der sich darauf jedenfalls nicht hätte berufen dürfen, dass die Kohle vertragswidrig war und vom Käufer zurückgewiesen worden wäre. Nun trägt aber in diesem Falle der Käufer die Gefahr: er war gewissermaassen Versicherer des Verkäufers und zahlte demgemäss vielleicht einen um die ideelle Prämie niedrigeren Preis. Als solcher trägt er aber auch alle Lasten des Versicherers, er muss dem Verkäufer den Werth der untergegangenen Waare unter allen Umständen bezahlen und darf nicht seine Doppelstellung als Käufer und als Versicherer dazu benutzen, um diese Verpflichtung unter dem Vorwande abzulehnen, die Waare sei nicht vertragsmässig gewesen. Dass aber die Vertragswidrigkeit der Waare nur ein Vorwand zur

⁷⁹⁾ Busch IX, 204 A.G. Marienwerder (Jahr? der Band IX des Busch'schen Archivs ist im Jahre 1866 erschienen).

Ablehnung der Tragung der übernommenen Gefahr war, wird vom Gerichte daraus gefolgert, dass der Käufer die Waare nicht schon damals beanstandet hatte, als er zum ersten Mal von der Qualität Kenntniss erhielt, sondern erst als er erfuhr, dass sie untergegangen sei, also in einem Zeitpunkt, wo ihm die Qualität der Waare gleichgiltig sein musste. Der Käufer trägt eben die Gefahr, indem er ohne Rücksicht auf das Schicksal der Waare zur Zahlung des Kaufpreises verhalten wird.

Das Reichsoberhandelsgericht hat einen analogen Fall entschieden, der das Verhältniss des Kommittenten zu dem Kommissionär betrifft. Nach allgemeinen Grundsätzen trägt der erstere die Gefahr. Im konkreten Falle suchte er sich dieser Verpflichtung zu entziehen, indem er die Genehmigung der untergangenen Waare verweigerte, da sie auftragswidrig eingekauft worden sei. Das Reichsoberhandelsgericht stellt zunächst fest, dass der Kommittent, welcher die Nachricht von dem streitigen Einkaufe schon früher erhalten hatte und sich darüber gar nicht äusserte, blos deswegen den Einkauf zurückwies, weil die Waare untergegangen sei: der mündliche Auftrag sei nicht so strenge zu interpretiren gewesen, denn der schriftliche Auftrag, welcher den mündlichen nicht modifiziren, sondern präzisiren sollte, enthielt auch im mündlichen Auftrage nicht genannte Waaren, auch sei die ordrewidrig gekaufte Waare im Verhältnisse zum Auftrage nicht bedeutend gewesen. „Hiezu kommt noch folgender Umstand: die auftragswidrig angekaufte Waare ist wahrscheinlich während des Transportes untergegangen, während eine andere Partie unter ganz gleichen Umständen angekaufter Waare dem Kläger zugekommen ist. Den Einkauf dieser Waare hat Kläger zweifellos genehmigt und es erhellt nirgends, dass die Genehmigung erst nach Ankunft derselben geschehen sei.“⁸⁰⁾ So wie früher das A.G. Marienwerder tritt hier das Reichsoberhandelsgericht dem Versuch jener Partei, die von Gesetzeswegen die Transportgefahr zu tragen hat, entgegen, ihr Stillschweigen auf die Nachricht von dem vertragswidrigen Verhalten des Mitkontrahenten dazu zu verwerthen, um die Pflicht zur Tragung der Gefahr des Untergangs der Waare abzulehnen, während sie dieselbe Waare, falls sie angekommen wäre, angenommen oder wenigstens nicht im vorhinein zurückgewiesen hätte; und zwar wird auch hier dieser Kunstgriff dadurch

⁸⁰⁾ R.O.H.G. I, 80 ff. (1870).

parirt, dass man das Stillschweigen als Genehmigung der Vertragswidrigkeit (Auftragswidrigkeit) deutet.⁸¹⁾

Die bisherigen Ausführungen führen zu dem Ergebnisse, dass das Stillschweigen auf eine Anfrage oder einen Antrag überhaupt nur dann als Zustimmung gelten kann, wenn eine Verpflichtung zur Aeussderung vorlag. Die Verpflichtung zur Aeussderung als Ausfluss der Berufspflicht hat nun im geltenden Rechte beinahe jede Bedeutung verloren. Wohl aber erzeugt nach der Auffassung des Handelsverkehrs die Geschäftsverbindung unter Umständen eine solche Verpflichtung. Allen diesen Fällen ist nur das gemeinsam, dass einerseits dem Empfänger des Schreibens die Beantwortung weder Mühe kosten, noch ihm auch nur schwer fallen konnte, andererseits der Antragsteller das Stillschweigen thatsächlich für Zustimmung hielt, sein Verfahren darnach einrichtete und durch Verweigerung der Genehmigung einen nicht unbeträchtlichen Schaden erleiden müsste. Ueberdies lässt sich allgemein behaupten, dass nach einer konstanten Praxis des Reichsoberhandelsgerichts ein Kaufmann, der es unterliess, sich über eine ihm zugekommene schriftliche Formulirung eines mündlich abgeschlossenen Vertrages zu äussern, so behandelt wird, als ob er derselben zugestimmt hätte. — Die Fälle, in welchen aus der Nichterfüllung der Aeussderungspflicht die Zustimmung gefolgert worden wäre, sind jedoch auch hier so sporadisch, dass man daraus unmöglich ein allgemeines Prinzip ableiten kann. Es lässt sich aus ihnen nicht einmal mit Sicherheit entnehmen, ob hier das Stillschweigen kraft einer kaufmännischen *Ussance* die Bedeutung einer Zustimmung hatte, ob es sich um die Sanktion der Pflicht zur Aeussderung durch die sonst eintretende Fiktion der Annahme oder Genehmigung, oder aber, wenigstens in den letzterwähnten Fällen, um Verwirkung des Rechts zur Bemängelung, durch Nichtgeltendmachung desselben binnen einer nach richterlichem Ermessen zu bestimmenden Frist handelte.

Wohl aber kann man die allgemeine Regel aufstellen, dass die Aneignung eines entgeltlich angebotenen Vortheils auch dann die Verpflichtung zur Bezahlung des Entgelts erzeugt, wenn diese Aneignung durch Stillschweigen erfolgte. Ein Kaufmann, dem durch eine Vertragsofferte oder Rücktrittsofferte die Möglichkeit geboten wird, mit einer fremden Waare zu spekuliren, muss, wenn er hievon Gebrauch

⁸¹⁾ Denselben Standpunkt scheint auch das preussische Landrecht einzunehmen § 133, I, 11.

macht, den Kaufpreis bezahlen, die a. venditi erlassen. Der Kommitent, der auf die Anzeige des Kommissionärs, einen auftragswidrigen Einkauf oder Verkauf ausgeführt zu haben, stillschwie, bis er die Konjunktur übersehen konnte, muss die Provision entrichten und das Verhalten des Kommissionärs genehmigen, da er es einmal zur Basis seiner eigenen Spekulation machte. Der Versicherte kann die Zahlung der Prämie nicht ablehnen, wenn er geschwiegen hat bis es feststand, dass der Schadenfall nicht eintreten wird oder ausgeblieben ist, während der Versicherer bis dahin gebunden war: denn er hätte sich dann den Vortheil aus dem Vertrage, die Tragung der Gefahr durch den Versicherten, unentgeltlich angeeignet. Der Versicherer kann die Versicherung nicht ablehnen, nachdem der Schadenfall eingetreten ist, denn er hatte sich die Leistung, die Prämie, zu einer Zeit, wo sie ein entsprechendes Entgelt für seine Leistung (nämlich für die Uebernahme der Gefahr) war, angeeignet und muss dafür die vereinbarte Gegenleistung, die Tragung der Gefahr, nachdem sie eingetreten ist, ausführen. Derjenige, der sich über den ihm angebotenen Ankauf von Loosen erst nach der Ziehung äusserte, hat die Offerte angenommen, da er sich durch sein Stillschweigen die Möglichkeit verschaffte, bei der Ziehung mitzuspielen. Dies alles gilt aber nur unter der Voraussetzung, dass eine Verpflichtung zur Aeussderung durch den früheren Geschäftsverkehr oder sonst wie begründet war.

Nicht das Stillschweigen bewirkt also hier eine Genehmigung oder Annahme, sondern der Umstand, dass es ein Mittel war, um sich die Möglichkeit zu verschaffen, die angebotene Leistung als Basis der eigenen Spekulation zu benutzen: nicht das Stillschweigen verpflichtet zur Gegenleistung, sondern die Aneignung der Möglichkeit mittelst einer gegen Entgelt angebotenen Leistung zu spekuliren. Ein prägnanter Beweis dafür liegt darin, dass dieselben Rechtsfolgen auch dort eintreten, wo der Oblat keineswegs stille geschwiegen hat, wohl aber sich durch eine schwankende, zweideutige Aeussderung die Möglichkeit der Entschliessung je nach der Konjunktur gewahrt hatte.

Schon oben wurden mehrere Fälle dieser Art angeführt, ich beschränke mich daher an dieser Stelle darauf, einen besonders charakteristischen zu erwähnen: Ein Spediteur versandte in auftragswidriger Weise die Waare (Federn) von Leipzig nach London; infolgedessen war diese bei Eintritt der günstigen Konjunktur nicht zur Hand. Obwohl nun der Eigenthümer der Federn sofort erklärte, „dass er

die Versendung nicht genehmige, vielmehr den Spediteur für allen ihm entstandenen Schaden verantwortlich mache,“ wurde dennoch die Klage auf Zahlung des Preises, welcher aus dem durch den Spediteur vereitelten Verkaufe zu erreichen war, gegen Ueberlassung der Waare, zurückgewiesen: „Eine bestimmte unzweideutige Aeussierung dahin, dass er die Federn jetzt zu verkaufen beabsichtige und wären sie jetzt zur Stelle, sofort verkaufen würde, enthält diese (oben angeführte) Erklärung offenbar nicht, sondern nur die Missbilligung des Versandes nach London, während der damit verbundene Vorbehalt nicht einmal klar ausdrückt, dass ein Mehreres als der Ersatz des durch die Hin- und Rücksendung nach London erwachsenen Transportaufwands und der damit zusammenhängenden Spesen gemeint sei. Eine so unbestimmte Erklärung, welche dem Kläger die Möglichkeit offenhielt, je nach dem Ausfalle des in London verursachten Verkaufs zu handeln, wie er es dann seinem Interesse entsprechend finden mochte, war ebensowenig geeignet, einen unzweideutigen Ausdruck der Verkaufsabsicht zu ersetzen, als sie den Anforderungen von Treu und Glauben entsprach, welchen der Kläger seinen Mitkontrahenten gegenüber zu genügen hatte: denn abgesehen davon, dass nach der Behauptung der Beklagten die sofortige Rückbeordnung der Waare ihm angeboten, jedoch zurückgewiesen worden sei, liegt es den notorischen Verkehrsverhältnissen gemäss am Tage, dass, wenn Beklagter durch eine unzweideutige Aeussierung des Klägers veranlasst worden wäre, die Waare thunlichst schnell zum Verkaufe zurückzuschaffen, die Faktoren der klägerischen Schadenberechnung sich wesentlich anders gestalten würden.“⁸²⁾

Obwohl nicht gesagt ist, dass in der zweideutigen Erklärung des Eigenthümers eine Genehmigung der Versendung gelegen sei, so ist doch das Ergebniss dasselbe, denn es ist zweifellos, dass aus denselben Gründen wie die Klage auf Zahlung des erreichbaren Preises auch die Klage auf Zahlung der durch die Hin- und Rücksendung verursachten Kosten zurückgewiesen worden wäre.

Und der Grund, warum die undeutliche Antwort des Eigenthümers der Waare die Rechtsfolgen der Genehmigung erzeugt, ist, weil sie dem Kläger offen hielt, je nach dem Ausfalle des verursachten Verkaufs so zu handeln, wie er es in seinem Interesse ent-

⁸²⁾ R.O.H.G. XVII, 65 (1875).

sprechend finden möchte, also weil er sich durch seine zweideutige Antwort die Möglichkeit verschafft hat, auf Kosten des Spediteurs zu spekuliren und, wenn es ihm nachträglich vortheilhafter scheinen sollte, die Versendung zu genehmigen, ebenso wie in jenen oben erörterten Entscheidungen, wo der Kommittent auf die Anzeige des Kommissionärs von einem von ihm vorgenommenen auftragswidrigen Verkaufe so lange stillschwieg, bis er die Konjunktur übersehen konnte, und sich so die Möglichkeit aneignete, die ihm durch den ausgeführten Verkauf dargelegten eventuellen Vorthelle zu Nutze zu machen. Der Unterschied liegt nur darin, dass der Eigenthümer der Waare hier nicht stille geschwiegen hat, sondern eine Antwort gab, die ihm dieselbe Situation schuf, wie in jenen Fällen das Stillschweigen. Dies beweist aber, dass auch dort nicht das Stillschweigen die Verpflichtung zur Bezahlung des Kaufpreises bzw. der Provision etc., erzeugt, sondern die Aneignung der durch den Antrag gebotenen Vorthelle.⁸³⁾

Man könnte wohl einwenden, dass man die Spekulation auf Kosten des Mitkontrahenten auch dadurch unterbinden könnte, dass man das Stillschweigen nicht als Genehmigung oder Annahme des Antrags, sondern als Ablehnung, Abweisung auffassen würde. Eine solche Auffassung wäre jedoch unmöglich. Dass man das Stillschweigen des Käufers einer Waare nicht als Bemängelung derselben hinstellen kann, leuchtet ohne Weiteres ein. Die grosse Mehrzahl der Käufe bleiben doch unbeanstandet: soll der Verkäufer genöthigt sein, sie alle als beanstandet zu betrachten, weil der Käufer stille schwieg? In anderen Fällen könnte wieder eine solche Auffassung nicht gegenüber den Verkehrssusancen Stand halten, denn nach der Auffassung des Verkehrs ist der Kommissionär, der seinem Kommittenten die Mittheilung von einem auftragswidrigen Verkaufe oder Einkaufe macht, der Käufer oder Verkäufer, der eine Rücktrittsanzeige erstattet, an ihre Erklärung gebunden und gerade diese Gebundenheit des anderen Mitkontrahenten sucht der Stillschweigende auszubeuten, um sich die Möglichkeit anzueignen, auf seine Kosten zu spekuliren.

Haben wir es in dieser ganzen Lehre mit einer handelsrechtlichen Singularität zu thun? Gewiss ist es, dass Situationen, wie sie

⁸³⁾ Andere Fälle dieser Art: Seuffert V, 137 Lübeck 1851 R.O.H.G. VIII. 277 (1872); Busch XXIX, 272 A.G. Mannheim 1878 bzw. oben Text zu Note 63, 69, 74. Vergl. auch die Begründung R.O.H.G. V, 438 (1872), die jedoch nicht ganz klar ist und theilweise auf anderen Erwägungen beruht.

hier geschildert wurden, ausschliesslich oder beinahe ausschliesslich im Handel vorkommen — nichts destoweniger zweifle ich nicht, dass man, wenn sie im bürgerlichen Verkehr vorkommen sollten, ebenso entscheiden würde, wie dies im Handelsverkehre geschieht. Es ist in dieser Richtung von grossem Interesse, dass sich in den Quellen Entscheidungen mehrerer bürgerlicher Rechtsfälle finden, die sich auf ganz analoge Erwägungen gründen. So wird gesagt, dass der Gläubiger, welcher den Schuldner wegen des Eigenthums der ihm verpfändeten Sache, dass der Gatte, der seinen Schwiegervater oder seine Frau wegen des Eigenthums der von ihm als Mitgift angenommenen Sache, dass der Käufer, der den Verkäufer über das Eigenthum der gekauften Sache Prozess führen lässt, das Urtheil wider sich gelten lassen muss.⁸⁴⁾ Wenn der Erbe im Auftrage der Erbschaftsgläubiger die Erbschaft antritt, so wird die Klage eines Gläubigers, welcher dem Erben, um ihn zu hintergehen, keinen Auftrag ertheilte, der aber, wenn es darauf angekommen wäre, den Auftrag ertheilt hätte, durch die *exceptio doli* entkräftet.⁸⁵⁾

Nicht identisch aber doch im hohen Grade ähnlich sind die in den angeführten Quellenstellen in Betracht gezogenen Verhältnisse den soeben erörterten: auch hier benutzt die Partei eine unklare Situation, um je nach der nachträglichen Gestaltung derselben ihren Entschluss zu fassen. Aehnlich wie in den handelsrechtlichen Fällen die modernen Gerichte, behandeln auch die Quellen die betreffende Partei so, als ob sie zugestimmt hätte. Als Grund der Entscheidung wird aber nicht der Umstand angegeben, dass der stillschweigenden Partei ein Vortheil zufiel, sondern, dass er ihr mit ihrem Willen zufiel, also dass sie sich ihn durch ihr Stillschweigen angeeignet hatte. Beide Stellen heben den Aneignungswillen ausdrücklich hervor.⁸⁶⁾ Es lässt sich daher kaum bezweifeln, dass die Römer auch die oben angeführten handelsrechtlichen Fälle, wenn sie ihnen vorgelegen, so entschieden hätten, wie dies heute geschieht.⁸⁷⁾

⁸⁴⁾ Fr. 63 de re iud. 42. 1.

⁸⁵⁾ Fr. 4 pr. de doli mali et m. exc. 44. 4; vergl. fr. 39, § 1 de minor. XXV ann. 4. 4; fr. 5, § 2 de doli mali et m. exc. 44. 4.

⁸⁶⁾ Fr. 63 cit. quia ex voluntate eius etc.; fr. 4 pr. cit.: non mandasset decipiendi eius causa mandaturus alioquin....

⁸⁷⁾ Vergl. immerhin auch fr. 20 pr. praescr. verb. 19. 5.

Zweiter Theil.

Besondere Fälle.

I. Das Versprechen als Verpflichtungsgrund.

Die Verbindlichkeit des einseitigen, nicht angenommenen Versprechens wurde für eine ganze Reihe von Fällen von Siegel¹⁾ überzeugend dargethan. Es ist nicht hier der Ort, hierauf näher einzugehen. Nur ein von Siegel nicht berührter Fall hängt mit dem Gegenstande dieser Schrift zusammen: die Verbindlichkeit des nicht angenommenen einseitig belastenden Versprechens. Als ein solches sind, abgesehen vom Schenkungsversprechen, das eine Ausnahmstellung einnimmt und am Schlusse besonders besprochen wird, alle anderen Willenserklärungen, wodurch Jemand ohne jeden Gegenanspruch ein Vorthail zugewendet wird, zu betrachten. Die einzelnen Arten derselben sollen im Nachstehenden besprochen werden:

1. Die Bürgschaftsübernahme. Schon bei der römischen Fideiussio will Pernice „eher auf eine einseitige Erklärung, als auf einen Vertrag rathen.“²⁾ Ein Blick auf das fr. 60, § 1 mand. 17, 1 zeigt, wie sehr er Recht hat. Auch Bekker nimmt ganz allgemein an, dass „neben Verträgen auch einseitige Erklärungen unter Umständen zur Herstellung eines Sicherungsgeschäfts genügen“ und erwähnt in diesem Zusammenhange den iussus.³⁾ Damit stimmt die moderne Rechtssprechung vollständig überein. Es wurde beispielsweise entschieden, dass das Mitglied des Vorstandes einer Genossen-

¹⁾ Das Versprechen als Verpflichtungsgrund und hiezu Unger in der Grünhut'schen Zeitschrift I, S. 357 ff., besonders S. 361 ff.

²⁾ Pernice Labeo I, 511.

³⁾ Bekker, System § 105, Note 9.

schaft, das, bei der Generalversammlung wegen Unsicherheit eines von ihm gewährten Darlehens interpellirt, nachdem es die Aussichten für die Bezahlung desselben auseinandersetzte, zum Schlusse erklärte: „wenn alle Stricke reissen, so bin ich da“ hiedurch die Bürgschaft für das Darlehen übernahm. Dasselbe machte allerdings im Prozesse geltend, dass seine Erklärung nicht angenommen wurde, — der Oberste Gerichtshof in Wien wies jedoch darauf hin, dass an der Annahme der Erklärung des Beklagten von Seite des Vereins „nach den geschilderten Vorgängen nicht zu zweifeln sei.“⁴⁾ Nun beschränkt sich die Schilderung der Vorgänge auf das soeben Angeführte, und es ist kaum zu ersehen, wie in diesen Vorgängen eine Annahmeerklärung erblickt werden konnte. Von einer Annahme durch Akklamation ist keine Rede, und die Interpellation als solche kann als Annahme der Verbürgungserklärung um so weniger gelten, als der Interpellant nicht ahnen konnte, dass eine Verbürgungserklärung erfolgen werde, und als er nicht das zur Annahme von Erklärungen befugte Organ der Gesellschaft war. Auch muss betont werden, dass die Annahme einen Beschluss des kompetenten Organs der Genossenschaft voraussetzen würde, wovon hier nichts vorkommt. Eine auf das Gebiet des preussischen Landrechts sich beziehende bayerische Entscheidung sagt mit dürren Worten: eine gerichtlich zu Protokoll gegebene Bürgschaftserklärung sei dann verbindlich, wenn das Protokoll dem Gläubiger zur Wissenschaft mitgetheilt wurde: „dieser hat nicht nöthig, darauf eine Erklärung abzugeben, er kann durch Stillschweigen seine Zufriedenheit mit der Bürgschaft zu erkennen geben, mit Rücksicht auf § 202—204, Th. I, Tit. 4 A.P.L.R., wonach die Bürgschaft zwar schriftlich oder gerichtlich zu Protokoll gegeben werden muss, aber, wenn sie ohne Bedingung und Vorbehalt erfolgt, auch ohne ausdrückliche Erklärung des Berechtigten dessen Haftung nach sich zieht.“⁵⁾ Auch eine französische Entscheidung spricht sich in demselben Sinne aus, und der Fall ist deswegen besonders interessant, weil hier der Grundsatz mit Bewusstsein auf die Bürgschaftsübernahme als einseitig belastendes Geschäft angewendet worden ist. Der Beklagte hat die Bürgschaft brieflich unter der Bedingung übernommen, dass die Schuld durch fünf Jahre gestundet wird. Der Pariser Kassationshof betrachtete

⁴⁾ G.U. XIX, 8571 (1881).

⁵⁾ Bl. f. R. XIV, S. 27 A.G. von Oberfranken 1846; dagegen Dernburg § 243.

diese Erklärung als verbindlich, att. que l'acte de caution est de sa nature un acte unilatérale à moins qu'il ne contienne de la part du créancier cautionné quelque obligation envers la caution, att. que le délai de cinq années demandé par la caution ne formait aucun engagement de la part du créancier lequel demeurant en possession de son titre du créancier et de l'acte du cautionnement pouvait s'en servir à son volonté.⁶⁾

Aber auch jene gerichtlichen Entscheidungen, welche die Frage der Annahme einer Verbürgungserklärung in Betracht ziehen, schwächen dies Erforderniss in dem Maasse ab, dass es ganz illusorisch wird. Gegen die Klage, welche auf die Uebername der Bürgschaft für den Schuldner einer kirchlichen Stiftung gegründet war, wendet der Bürge ein, dass seine Bürgschaftserklärung nicht angenommen wurde. Das A.G. Dresden, dessen Urtheil vom O.A.G. Dresden (sammt Gründen) bestätigt wurde, ging darauf nicht ein; die Annahme einer Verbürgungserklärung könne auch stillschweigend erfolgen, und zwar durch Entgegennahme der Bürgschaftsurkunde. Dass dies geschehen, darauf schliesst das Gericht einzig und allein daraus, dass sie der Klage beigelegt wurde.⁷⁾ Würde es sich hier um die Akzeption einer Vertragsofferte handeln, so müsste doch wohl auch Gewicht gelegt werden auf die Frage, ob die Annahme dem Bürgen gegenüber stattfand, ob sie durch das zu Willenserklärungen Namens der Kirchenbehörde befugte Organ erfolgte: dies wird aber gar nicht erörtert, obwohl die Urkunde auch durch Zufall in den Besitz der Kirchenbehörde gelangt sein oder von einem Dritten überreicht werden konnte, was sogar ziemlich wahrscheinlich ist, da gesagt wurde, dass der Bürge von einem Dritten zur Uebernahme der Bürgschaft veranlasst worden ist.

Zwei Entscheidungen des O.A.G. Cassel übergehe ich; bei dem der einen zu Grunde liegenden Falle konnte man immerhin darin, dass der Gläubiger die Bürgschaftsurkunde vom Bürgen angenommen hat, eine ausdrückliche Annahme dem Bürgen gegenüber erblicken,⁸⁾ in dem andern durfte der Schuldner, welcher vom Gläubiger beauftragt war, ihm, dem Gläubiger, einen zahlungsfähigen Bürgen zu stellen, als ermächtigt zur Annahme der Bürgschaftserklärung angesehen werden.⁹⁾

⁶⁾ Dalloz 50, I, 160.

⁷⁾ Ackermann IX, 195 O.A.G. Dresden.

⁸⁾ Seuffert X, 47 Kassel 1855.

⁹⁾ Seuffert X, 47 Kassel 1851.

Dagegen erscheint es ganz unzulässig, mit dem Reichsoberhandelsgericht von einer Annahme der Verbürgung zu sprechen, wo nichts vorlag, als dass der Gläubiger die Bürgschaftsurkunde, die ihm der Schuldner einschickte, behielt und mit demselben in Geschäftsverkehr trat;¹⁰⁾ denn vor allem hätte eine Annahme nicht dem Schuldner, sondern dem Bürgen gegenüber erklärt werden müssen, denn dieser ist die kontrahierende Person; dann ist das Behalten, das blosse Nichtzurückschicken der Bürgschaftsurkunde auch dem Schuldner gegenüber keine Annahme. Niemand wird behaupten, dass ein Kauf dadurch zustande kommen könne, dass das Offertschreiben behalten wird. Man kommt hier also auch dann nicht auf, wenn man den Schuldner als zur Entgegennahme von Erklärungen im Namen des Bürgen ermächtigt betrachtet.

2. Verpfändung. Die Bestellung einer Hypothek durch einen einseitigen Notariatsakt erklärt für verbindlich ein französisches Urtheil: es nennt sie (un) acte unilatéral pour lequel l'intervention de celui qui l'accepte est seule nécessaire et dont l'acceptation peut resulter, même tacitement d'actes postérieures.¹¹⁾ Aber schon die Analogie der Verbürgung spricht für die Möglichkeit einer Verpfändung durch einseitige Erklärung. Ueberdies mag es mir gestattet sein, ein der Verpfändung innerlich sehr nahe stehendes Geschäft hier anzuführen, nämlich die Kautionsbestellung. In Betreff dieser entschied der österreichische Oberste Gerichtshof, dass die Bestellung der Heirathskautions für einen Offizier¹²⁾ eine besondere Annahme von Seiten der Braut nicht bedürfe.¹³⁾

3. Anerkennung. Die Verbindlichkeit des einseitigen Konstituts ist in den Quellen anerkannt.¹⁴⁾ Auch die operis novi nuntiatio enthält bekanntlich eine Anerkennung des Besitzes des Nuntiaten, ohne dass es in dieser Beziehung auf einer Annahme seitens desselben ankäme; es ändert sogar nichts an der Sache, wenn dieser die Nuntiatio nicht gelten lässt.¹⁵⁾ Ebenso kann schon die einseitig vom Schuldner gelegte Rechnung vom andern Theile, zu

¹⁰⁾ R. O. H. G. X, 5 (1873).

¹¹⁾ Dalloz 73, II, 141 (Chambéry).

¹²⁾ In Oesterreich dürfen Offiziere nur dann heirathen, wenn sie einen gewissen Betrag erlegen oder sicherstellen, dessen Zinsen sie während der Dauer der Ehe beziehen können (Kautions).

¹³⁾ Glaser-Unger VII, 3374 (1869).

¹⁴⁾ Fr. 24, 26 de pec. const. 13. 5; vergl. Bekker, System II, § 109, S. 244.

¹⁵⁾ Fr. 1, § 6 O. N. N. 49. 1.

dessen Gunsten sich ein Guthaben ergibt, zur Grundlage der Klage gemacht werden, ohne dass es einer Annahme bedürfte.¹⁶⁾ Ja, es wird in der blossen Verständigung des andern Theils, dass ihm ein Betrag gutgeschrieben worden sei, eine verbindliche, keiner weiteren Annahme bedürftige Schuldanerkennung gefunden.¹⁷⁾ Nach einer preussischen Entscheidung unterbricht das blosse, infolge einer Mahnung stattgefundene Zahlungsversprechen die Verjährung.¹⁸⁾ Das O.A.G. Darmstadt bewilligte sogar das Exekutionsverfahren auf Grund eines Briefes, welcher die Anerkennung der Schuld enthielt.¹⁹⁾

4. Das den Gerichtsstand des Vertrags begründende Versprechen, die Schuld an einem bestimmten Orte zu bezahlen. Es ist dieses ein spezieller Fall des Konstituts. Der österreichische Oberste Gerichtshof nahm zweimal an, dasselbe sei verbindlich, obwohl nichts mehr vorlag, als ein Brief des Schuldners an den Gläubiger, welcher ein solches Versprechen enthielt.²⁰⁾

5. Genehmigung eines nichtigen oder anfechtbaren Vertrages.²¹⁾ Die Genehmigung eines während der Minderjährigkeit abgeschlossenen Vertrages wurde vom österreichischen Obersten Gerichtshofe daraus abgeleitet, dass der Schuldner nach erreichter Volljährigkeit an den Gläubiger einen Brief schrieb, worin er ihn um Entschuldigung bat, dass er ihm anstatt des Geldes einen Brief sende und erklärte, dass es ihm unmöglich ist, die Verbindlichkeit zu erfüllen, obwohl er, wenn er könnte, damit nicht zögern würde.²²⁾ Das Reichsoberhandelsgericht entschied, ein Gesellschafter dürfe seine Rechte aus dem Gesellschaftsvertrage an einen Dritten nur mit Genehmigung der übrigen Gesellschafter abtreten, jedoch verstosse die Annahme, dass diese Genehmigung vom Dritten akzeptirt werden

¹⁶⁾ Seuffert XXIV, 23 Darmstadt 1861.

¹⁷⁾ Seuffert II, 90 Dresden 1845.

¹⁸⁾ Busch's Archiv X, 354 O.T. Berlin 1865; allerdings könnte man in der Mahnung mit mehreren preussischen und anderen Entscheidungen eine antizipirte Annahme erblicken.

¹⁹⁾ Busch's Archiv VIII, 172 Darmstadt 1866.

²⁰⁾ Adler-Clemens III, 403 (1872); III, 422 (1873); vergl. übrigens auch Glaser-Unger XXII, 10008 (1884).

²¹⁾ Unger II, S. 167; Demolombe XXIX, S. 662.

²²⁾ Glaser-Unger VIII, 3711 (1870); Glaser-Unger IX, 4408 (1870) gehört nicht hierher, da der abwesende Gläubiger die Genehmigung immerhin angenommen haben mochte.

müsse, gegen den Rechtssgrundsatz der §§ 238 ff. Tit. 13 und § 82 Tit. 5 Th. I A.L.R.²³⁾

6. Genehmigung der Geschäftsführung ohne Auftrag. Die Wirksamkeit der einseitigen Genehmigung des von einem negotiorum gestor abgeschlossenen Vertrages kann gegenwärtig als herrschende Lehre betrachtet werden.²⁴⁾ Dies wird in den Entscheidungen vor allem insofern anerkannt, als diese dahin gehen, dass die Genehmigung dem Dritten gegenüber, welcher die Handlung Namens des Genehmigenden vornahm, ausgesprochen werden müsse, und nicht gegenüber dem Mitkontrahenten desselben.²⁵⁾ Denn annehmen könnte diese Genehmigung doch wohl nur der Mitkontrahent des Geschäftsführers, wie auch nur der Dritte, nicht der Geschäftsführer das Recht hätte, die Annahme der Genehmigung der Geschäftsführung aus triftigen Gründen zu verweigern. Eine in einer holsteinischen Sache erflossene Entscheidung des O.A.G. Berlin fordert einen förmlichen Vertrag mit dem Dritten nur, wenn der Geschäftsführer zur Zeit des Abschlusses des Vertrages nicht handlungsfähig war, was im konkreten Falle nicht vorlag.²⁶⁾ Ebenso ist die einseitige Genehmigung der Verfügung über eine fremde Sache durch den Eigenthümer verbindlich. So nimmt ein Urtheil des Berliner Obertribunals von der bei den Grundbuchsakten abgegebenen Erklärung des Besitzers einer Liegenschaft, dass er den von einem nicht Verfügungsberechtigten über diese Liegenschaft abgeschlossenen Vertrag genehmige, an, dass sie die Rechtswirksamkeit des Vertrages zur Folge habe.²⁷⁾

7. Verzicht auf Rechte und Einwendungen. Dass die Quellen den Verzicht auf dingliche Rechte als ganz einseitige Handlung auffassen, wurde vielfach behauptet,²⁸⁾ neuerdings namentlich von Meissels.²⁹⁾ Was die obligatorischen Rechte betrifft, so können sie allerdings im römischen Rechte nur durch Vertrag (acceptilatio oder

²³⁾ R.O.H.G. XVII, 354.

²⁴⁾ Behrend Handelsr. S. 356; Mitteis, Stellvertretung S. 213; Zimmermann, Stellvertretende negotiorum gestio S. 149; Seuffert, Ratihabition S. 160 ff.

²⁵⁾ R.O.H.G. XV, 260 (1874), hierfür werden die §§ 125, 226, 245, 238, 239, Tit. 12, Th. I, A.L.R. angeführt.

²⁶⁾ Seuffert XXV, 22 O.A.G. Berlin 1870.

²⁷⁾ Striethorst, Archiv III, 57 (1863); vergl. auch Dalloz 49, II, 41 und 76, I. 422 (1875).

²⁸⁾ Vergl. besonders Bremer, Das Pfandrecht S. 145 ff.

²⁹⁾ Meissels in der Grünhut'schen Zeitschrift XVIII, S. 665; dagegen allerdings Unger II, S. 179.

pactum de non petendo) erlassen werden; es hängt dies offenbar mit der römischen Form strenge zusammen und beruht nicht auf allgemeinen Grundsätzen. Wo die Formstrenge nicht durchgreift, erscheint ein einseitiger Erlass allerdings zulässig.³⁰⁾ Die neueren Gesetzgebungen schreiben die Annahme des Verzichts nicht vor, bis auf das preussische Landrecht; aber auch dieses macht für den gerichtlichen Verzicht eine Ausnahme.³¹⁾ Die französische Theorie betrachtet den Erlass als einseitigen, auch ohne Annahme wirksamen, wenn auch bis zur Annahme widerruflichen Act,³²⁾ während für das österreichische bürgerliche Gesetzbuch Meissels im Gegensatze zu der bisher herrschenden Lehre die Wirksamkeit des einseitigen Verzichts behauptet. Weniger unsicher als die Theorie ist die moderne Rechtsprechung. So wird das Erforderniss der Annahme nicht einmal in Betracht gezogen in einer österreichischen Entscheidung, welche das sogenannte (börsenmässige) Kostgeschäft betrifft.³³⁾ Der Kostgeber, welcher das Recht hatte, von dem Kostnehmer zu fordern, dass er im Falle des Kursverlustes der in Kost gegebenen Papiere unaufgefordert den Zuschuss leiste, verzichtete auf dieses Recht durch briefliche Aufforderung des Kostnehmers, den Zuschuss bis zu einem gewissen Zeitpunkte zu leisten.³⁴⁾ Das Reichsoberhandelsgericht lässt es dahin gestellt bleiben, ob die Annahme des Verzichts (im konkreten Falle auf die Verjährung) nach französischem Rechte nothwendig ist, da schon in der gerichtlichen Geltendmachung des Rechts die Annahme des Verzichts auf diese Einrede zu erblicken ist, wie denn auch unbestritten das Acquiescement keiner besonderen Annahme bedarf.³⁵⁾ Auch der Appellationssenat des Mannheimer Gerichts bezweifelt, ob nach französischem Rechte die Annahme des Verzichts erforderlich sei.³⁶⁾ Den Verzicht auf einen Erbschaftsanspruch fand das O.A.G. Berlin bewiesen, obwohl nichts dafür sprach als ein Brief der angeblich verzichtenden Schwester, in wel-

³⁰⁾ Fr. 41 de iureiur. 2. 2; vergl. auch fr. 4, § 1 de pec. 15. 1: nuda voluntate remittere, — von einer Annahme von Seiten des Sklaven konnte doch keine Rede sein.

³¹⁾ I, 16, § 392 P.L.R. Dernburg § 85.

³²⁾ Zachariae § 394, besonders Note 3 und 9.

³³⁾ Vergl. über dieses Geschäft Adler in der Goldschmidt'schen Zeitschrift XXXV. S. 416 ff.

³⁴⁾ A.C. IV, 574 (1875).

³⁵⁾ R.O.H.G. XX, 159 (1876).

³⁶⁾ Busch, Archiv XXII, S. 316 A.S. Mannheim 1869.

chem diese einen der beiden miterbbberechtigten Brüder wegen ihres Vorgehens um Entschuldigung bittet.³⁷⁾ Von einer Annahme dieses Verzichts konnte um so weniger die Rede sein, als der Bruder, an welchen der Brief gerichtet war, nicht als berechtigt gelten konnte, die Annahme Namens des andern Bruders zu erklären. Ebenso wurde der in einem Briefe erklärte Verzicht auf die Konventionalstrafe ohne Weiteres als stillschweigend akzeptirt angesehen.³⁸⁾ Hierher gehört offenbar eine Entscheidung des O.L.G. Hamburg, obwohl dieselbe die Ablehnung einer Haftung als Annahme eines nachgefolgten Verzichts construiert.³⁹⁾

In der Table der Dalloz'schen Sammlung, welche die Jahrgänge 1848—1866 umfasst, findet sich ein aus einer Entscheidung gezogener Rechtssatz: *La renonciation de la part d'une femme mariée à son hypothèque légale en faveur du créancier qui vient immédiatement dans l'ordre de collocation a le caractère d'un acte unilatérale et n'a pas de lors besoin d'être accepté par ce dernier; c'est la renonciation purement extinctive et non pas translatrice de l'hypothèque.* Die Entscheidung, aus der der Satz gezogen sein soll, ist falsch zitirt, und ich habe sie trotz aller Mühe nicht finden können.⁴⁰⁾

8. Das Schenkungsversprechen. Bekanntlich wird für das römische Recht von Savigny angenommen, dass die Schenkung auch in der Form eines einseitigen Versprechens verbindlich ist.⁴¹⁾ Im modernen Recht hängt jedoch die Giltigkeit des Schenkungsversprechens fast überall von der Beobachtung der gesetzlichen Formvorschrift ab, und diese setzt in der Regel einen Vertrag voraus; in dieser Beziehung ist daher die Rechtsprechung gebunden und hat auch nirgends die Verbindlichkeit des einseitigen Schenkungsversprechens als solche anerkannt. Dagegen sucht die Rechtsprechung die Strenge der Vorschriften nach Möglichkeit zu mildern. So wird als Annahme schon die blosse Entgegennahme der Schenkungsurkunde angesehen,⁴²⁾ ja der blosse Besitz derselben soll genügen, um die Vermuthung der Annahme zu begründen, es müsste denn

³⁷⁾ Seuffert XXX, 16 O.A.G. Berlin 1872.

³⁸⁾ Striethorst XCI, 54 (1874).

³⁹⁾ Seuffert XL, 87 O.L.G. Hamburg (1885).

⁴⁰⁾ Dalloz, Table de vingt deux ans, Vo. Hypothèque légale No. 123.

⁴¹⁾ Savigny, System § 160; vergl. Bekker, System § 100, Beilage I, § 102, Beilage V. Vergl. besonders das fr. 16 de don. 39. 5.

⁴²⁾ R.G. XV, 217 (1886); Dalloz 53, I, 162.

bewiesen werden, dass der Besitz in anderer Weise als durch Tradition der Schenkungsurkunde erlangt worden ist.⁴³⁾

Am stärksten tritt diese Tendenz in der französischen Rechtsprechung hervor, obwohl der Code Napoléon, der die Annahme der Schenkung en termes exprès und, wenn sie nachträglich stattfindet, die Notifikation der Annahme an den Schenker durch einen besonderen Akt fordert, der Schenkung am entschiedensten den Charakter eines Vertrags zu wahren sucht.⁴⁴⁾ Während die französische Rechtsprechung sonst, allgemein anerkannten Grundsätzen folgend, ein Scheingeschäft nur dann als gültig behandelt, wenn die Formen des verdeckten Geschäfts eingehalten werden,⁴⁵⁾ fordert sie bei einer in ein anderes Geschäft eingekleideten Schenkung (*donation déguisée*) bloß die Form des Geschäfts, in das die Schenkung eingekleidet wurde, und zwar mit der stereotypen Begründung: *attendu qu'on peut faire par voie indirecte ce qu'il est permis de faire directement, que par suite de ce principe les donations indirectes sous la forme des contrats onéreux sont toujours considérés comme valables lorsqu'elles sont faites par des personnes capables sans fraude et préjudice des tiers.*⁴⁶⁾ So genügte in einem Falle eine Urkunde, in der der verstorbene Aussteller erklärte, 2000 fr. fünf Jahre nach seinem Tode zahlbar, seinem Diener schuldig zu sein, obwohl dieser die Schenkung nicht nur nicht angenommen hatte, sondern der Schenker bis zu seinem Tode im Besitze der Schuldurkunde blieb, um sie im Falle der Undankbarkeit des Beschenkten vernichten zu können: *att. que le titre trouvé en possession de G. au moment de son décès renfermait une libéralité déguisée sous la forme d'une obligation unilatérale, att. que la loi reconnaît la validité de ce genre d'obligation.*⁴⁷⁾ Selbst eine durchaus einseitige Schuldanerkennung zu Gunsten des Sohnes

⁴³⁾ Seuffert II, 45 München 1831; vergl. auch B. O.G.H. VII, 38 (1870): Schenkung zu Gunsten einer milden Stiftung, der Betrag wurde zu Händen des zur Vertretung der Stiftung nicht befugten Ortspfarrers erlegt. Eine Annahme hat nicht stattgefunden. Widerruf wurde nicht gestattet, da der Pfarrer als *negotiorum gestor* der Stiftung gehandelt hat.

⁴⁴⁾ Art. 932 C.N.

⁴⁵⁾ Dalloz 56: I, 428 ein Pfandrecht in der Form eines Kaufvertrages bestellt.

⁴⁶⁾ Dalloz 49, I, 171; dagegen nur Dalloz 60, V, 123 C. de Paris nichtig ist die *donation déguisée*, wenn dadurch seine gesetzliche Bestimmung umgangen werden soll, z. B. die Vorschriften über den Pflichttheil; Dalloz 63, I, 144; 65, I, 285, 61, II, 85 Orléans.

⁴⁷⁾ Dalloz 54, I, 413.

und der Tochter, die zwischen den Papieren eines Verstorbenen gefunden wurde und diesen bis dahin unbekannt war, wurde als gültige *donation déguisée* angesehen;⁴⁸⁾ ebenso wird als gültig behandelt der einseitige Akt, womit eine Frau auf das von ihr versehene Postamt zu Gunsten ihres Gatten verzichtete, dem es auch übertragen wurde.⁴⁹⁾

Aus diesen Entscheidungen liesse es sich allerdings nicht entnehmen, dass die Gerichte schon das nicht angenommene (aber auch nicht abgelehnte) Anerbieten einer Zuwendung als verbindlich ansehen. Die Lehre, dass nur das angenommene Versprechen Rechte begründen und aufheben kann, ist viel zu tief eingewurzelt, als dass sich der Richter von ihr freimachen könnte, selbst dort, wo er, seinem Rechtsgeföhle folgend, im entgegengesetzten Sinne entscheidet; höchstens entschlüpft ihm hier und da unbewusst ein Zugeständniss an die richtige Ansicht. Zu einem ganz anderen Resultate gelangt man jedoch, wenn man nicht die Begründung der Entscheidungen, sondern die Entscheidungen selbst in Betracht zieht.

Diese Entscheidungen bringen im Allgemeinen den Grundsatz zur Geltung, dass jedes einseitig belastende Versprechen auch dann ein Klagerecht begründet, wenn derjenige, an den es gerichtet war, sich darüber gar nicht äusserte, sich vollkommen passiv verhielt: darin wird in der Regel, wenn auch nicht ausnahmslos, eine „stillschweigende“ Annahme des Versprechens erblickt. Ob wir es nun in den erwähnten Fällen mit einem Vertrage oder mit einer verpflichtenden einseitigen Willenserklärung zu thun haben, das ist eine Frage, deren Beantwortung ausschliesslich davon abhängt, ob das Stillschweigen des Destinatars mit Grund als Annahmeerklärung gelten kann.

Es mag nun im Vorhinein zugegeben werden, dass der Destinatar in der grossen Mehrzahl der Fälle in der That den Annahmewillen hat, dass er ihn nur deswegen nicht erklärt, weil er von der Voraussetzung ausgeht, dass es einer solchen Erklärung zum Rechtserwerbe gar nicht bedürfe, und derjenige, von dem der Antrag ausgeht, sich auch ohne Annahme als verpflichtet betrachten wird. Dies alles beweist aber immer noch nicht, dass Annahme vorliegt, es beweist nur, dass es dem Rechtsbewusstsein entspricht, bei einseitig

⁴⁸⁾ Dalloz 84, I, 277.

⁴⁹⁾ Dalloz 54, I, 236; vergl. auch Dalloz 46, II, 34 Orléans.

belastenden Versprechen den Versprechenden auch ohne Annahme haften zu lassen. Alles was thatsächlich vorliegt, ist: ein Antrag und die Nichtablehnung des Antrags. Wenn man nun die Nichtablehnung des Antrags ebenso eine Annahme nennt wie eine thatsächliche Annahmeerklärung, so bezeichnet man zweifellos zwei sehr verschiedene Dinge mit demselben Namen, und es ist nicht Aufgabe der Wissenschaft, Verschiedenes zusammenzuwürfeln, sondern zu trennen.

Uebrigens ist dies alles ein blosser Wortstreit: gewiss ist es, dass, wenn es feststehende Regel wäre, ein nicht abgelehntes Versprechen sei Verpflichtungsgrund, der Thatbestand, auf Grund dessen die Gerichte die Entstehung einer Obligatio annehmen dürften, kein anderer sein könnte, als er jetzt schon ohnehin ist. Was für ein praktischer Unterschied besteht z. B. zwischen der Konstruktion: der Offerent, der auf die Widerruflichkeit seiner Offerte verzichte, binde sich einseitig,⁵⁰⁾ und der andern Konstruktion: der Oblat erkläre die Annahme durch Nichtablehnung? Die Behauptung, im Stillschweigen liege eine Annahme, ist nichts als eine konstruktive Fiktion der Annahme, denn in der That ist das Stillschweigen das Gegentheil einer jeden Erklärung, also auch der Annahmeerklärung. Eine solche Fiktion dient aber nicht dazu, einen Thatbestand unter einen Rechtssatz zu subsumiren, sondern, wie jede andere Fiktion, dazu, den Rechtssatz für den Thatbestand zuzustutzen.

Es wird aber noch zu beachten sein, dass die Frage nicht ohne praktische Bedeutung ist. Neuere Gesetze verlangen doch überall, dass die Annahme innerhalb einer bestimmten Frist geschehe: muss auch hier in diesem Falle die Frist eingehalten werden? Fasst man die hier in Rede stehenden Geschäfte als Verträge auf, so wird man nicht umhin können, die Frage zu bejahen; aber wenn irgend etwas sicher ist, so ist es der Umstand, dass alle oben angeführten Entscheidungen die Einhaltung der Annahmefrist nicht festgestellt, ja diese Frage gänzlich übergangen, also auch für gleichgiltig betrachtet haben. Nun soll es nicht geleugnet werden, dass man sich ganz gut aus der Schlinge ziehen kann, wenn man darauf hinweist, dass eben das Stillschweigen Annahme war und diese Art der Annahme dem Antrage nothwendigermassen auf dem Fusse folge. Aber ich glaube nicht, dass jemand bestreiten würde, dass diese

⁵⁰⁾ Regelsberger, Erörterungen S. 72; Windscheid § 307, Note 6.

Interpretation den in Betracht kommenden Gesetzesstellen ein wenig Zwang anthut. An eine solche „Annahme“ konnte der Gesetzgeber doch unmöglich gedacht haben, als er eine Frist zur Annahmeerklärung setzte.

Ausserdem wird die Verbindlichkeit derartiger Willenserklärungen nicht selten damit zu begründen versucht, dass in der Klageanstellung eine „stillschweigende“ Annahme der Offerte liege. Gegen diese Auffassung eifert schon der sächsische Oberappellationsgerichtsrath du Chesne in einer im VIII. Bande der (sächsischen) Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung veröffentlichten Abhandlung, wo auch mehrere interessante Belege aus der sächsischen Rechtsprechung angeführt sind. Seine Arbeit scheint Eindruck gemacht zu haben, denn ich habe nur ein späteres in diesem Sinne gefälltes sächsisches Urtheil gefunden,⁵¹⁾ trotzdem mir gerade die sächsische Rechtsprechung in ziemlich ausgiebigem Maasse zugänglich ist. In Oesterreich ist diese Auffassung dagegen sehr verbreitet; namentlich in Bezug auf die Zahlungsanweisung (Assignment) und Schuldübernahme, die ich, wie auch die eigentlichen Verträge zu Gunsten Dritter, hierher beziehe.⁵²⁾ In Deutschland kommt sie nicht so häufig vor, doch finden sich immerhin Entscheidungen, welche in dieser Weise argumentiren⁵³⁾

Dass die dieser Praxis zu Grunde liegende Auffassung falsch ist, dürfte sich kaum bezweifeln lassen. Ich übergehe dabei vollständig den Umstand, dass nach der herrschenden, auch vom Oesterreichischen Obersten Gerichtshofe neuerdings gebilligten Ansicht, die Klage ein perfektes Verhältniss voraussetzt, also die Perfektion nicht erst mit sich bringen könne, weil ich diese Ansicht nicht für unbedingt richtig halte. Aber die Unhaltbarkeit des Standpunktes der vorbenannten Gerichtshöfe wird vollkommen klar, wenn man sich eine wirkliche Vertragsofferte denkt, die durch Klagsentstellung zu einem perfekten Vertrage geworden sei: wenn man sich etwa denkt, A. habe von B.

⁵¹⁾ Sächs. XXXVII, 18 O.A.G. Dresden 1871.

⁵²⁾ Glaser-Unger VII, 3537 (1869); VIII, 3741 (1879); XX, 8908 (1887); XXIII, 10780 (1885); Zahlungsübernahme: Glaser-Unger VI, 2953 (1867); VI, 2965 (1868); XX, 8832 (1882); vergl. überdies Busch's Archiv XIII, 12 H.A.G. Nürnberg 1865.

⁵³⁾ Seuffert X, 47 Kassel 1855: Verbürgung; R.O.H.G. XX, 159 (1876): Annahme des Verzichts auf die Einrede der Verjährung durch Geltendmachung derselben im Prozesse.

den Antrag (brieflich) erhalten, ihm sein Haus um 10000 fl. zu verkaufen und stellt nun am nächsten Tage eine Klage auf Bezahlung jener 10000 fl. an; findet sich irgendwo ein Richter, der einer solchen Klage stattgeben könnte? Ich glaube, man müsste die Frage selbst dann verneinen, wenn der Antrag so beschaffen wäre, dass durch ein „Ja“ der Vertrag perfekt werden könnte. Der Grund des Unterschieds liegt meines Erachtens darin, dass eine einseitig belastende Willenserklärung auch ohne Annahme ein perfektes Rechtsverhältniss begründet, während dies bei einer Verkaufsofferte nicht der Fall ist. — Selbstverständlich fragt auch Niemand darnach, ob die Klage innerhalb der gesetzlichen Annahmefrist eingebracht und dem Antragsteller zugekommen sei, was übrigens kaum je vorkommen dürfte.

Neuerdings hat der österreichische Oberste Gerichtshof die Klage wider den Uebernehmer eines Handelsgeschäfts aus einem mit dem früheren Inhaber desselben geschlossenen Vertrage stattgegeben, obwohl die einzige Grundlage der Klage ein Brief des Uebernehmers bildete, worin er die Uebernahme des Geschäfts sammt Passiven anzeigt. Der in der Klageerhebung liegenden Annahme ist überhaupt nicht gedacht worden. Dies spricht doch wohl ebenfalls dafür, dass dieses Moment zur Begründung der Entscheidung nicht erforderlich ist.⁵⁴⁾

Ich glaube daher mit Grund behaupten zu dürfen, dass man, wenn man auf das billige aber ganz unnöthige Auskunftsmittel der Fiktion verzichtet, zugestehen muss, dass einseitige Willenserklärungen, welche nur den Erklärenden allein belasten (Verbürgungen, Verpfändungen, Verzichte, Anerkennungen etc.) zu ihrer Wirksamkeit einer Annahme nicht bedürfen.⁵⁵⁾

Die Genehmigung nichtiger und anfechtbarer Erklärungen, sowie der negotiorum gestio ist überdies noch in einem ganz anderen Sinne eine einseitige Erklärung, da sie von demjenigen, dem gegenüber sie verbindlich sein soll, nicht nur nicht angenommen zu werden braucht, sondern auch nicht abgelehnt werden kann.

⁵⁴⁾ G.U. XIX, 9372 (1883).

⁵⁵⁾ Einen allgemein lautenden Rechtssatz dieses Inhalts enthielt der Codex Theresianus: vergl. Pfaff, Jur. Blätter ex 1889, S. 292. Von anderem Charakter ist die vielfach z. B. von Hellmann, Stellvertretung S. 110 behauptete Einseitigkeit der Vollmacht, die schon ihrem Inhalte nach eine Annahme nicht zulasse.

II. Verschweigung und Verjährung.

I. An wenigen seiner Grundprinzipien hat das römische Sachenrecht mit einer solchen Konsequenz festgehalten, wie daran, dass jedes Bauwerk als solches (d. h. als Ganzes) dem Eigenthümer des Bodens zufalle. An sich nur eine besondere Anwendung des Satzes, dass der Eigenthümer der Hauptsache auch das Eigenthum der mit ihr verbundenen Nebensache erwirbt, erhält es eine besondere Färbung dadurch, dass Grund und Boden unter allen Umständen als Hauptsache angesehen wird. Der Eigenthümer der Materialien, der durch diese Verbindung die Verfügung über dieselben verlor, war auf Ersatzansprüche verwiesen. Mit diesen Ersatzansprüchen beschäftigten sich bekanntlich schon die XII Tafeln. Für den Fall, dass die Verbindung durch den Eigenthümer des Bodens vorgenommen worden ist, erhielt im römischen Rechte der Eigenthümer der Materialien den Anspruch auf Ersatz des doppelten Werths des verbauten Materials. An diese Bestimmung lehnten sich die neueren Kodifikationen an, die dem letzteren den Anspruch auf den Ersatz des Werthes des Materials an den Bauführer gaben.¹⁾

Hat jedoch der Eigenthümer der Materialien selbst den Bau auf fremdem Boden aufgeführt, so giebt ihm das römische Recht keinen Entschädigungsanspruch: dies kann unter Umständen zweifellos zu grossen Härten führen, namentlich, wenn sich der Bauende in entschuldbarem Irrthum befand; doch kann man sich damit immerhin abfinden, wenn man annimmt, dass der Bau ohne Wissen und Willen des Eigenthümers geschah.

Wie ist es aber, wenn dies nicht der Fall war? Wie ist es etwa, wenn der Eigenthümer vom Baue weiss und ruhig zusieht, wie der Nachbar, in entschuldbarem Irrthum befangen, die Grenze überbaute? Wie ist es im analogen Falle, wenn der Servitutsberechtigte ruhig abwartet, bis der Bau, den er auf Grund seines Rechts verbieten kann, vollendet ist, um erst hinterher mit seinen Ansprüchen hervorzutreten? Darf er auch dann nach seiner Wahl entweder den mit fremdem Materiale ausgeführten Bau sich zueignen oder den Bauenden zu der mit bedeutenden Kosten und Mühe verbundenen Demolirung nöthigen? Hiebei ist nicht zu übersehen, dass das Retentionsrecht, welches die Quellen dem Bauführer geben, ihm

¹⁾ Art. 554, 555 C.N. § 417, 419 österr. B.G.B.

nicht immer nützen wird, da dieser, namentlich wenn es sich um Grenzüberschreitungen handelt, keineswegs immer der Besitzer des Bodens sein wird.

Wie kann man nun hier dem Bauführer helfen? In jüngster Zeit haben sich mit dieser Frage Jhering und Dernburg beschäftigt, allerdings nur insofern es sich hiebei um den Umfang der *actio confessoria* und *negatoria* handelt.²⁾ Beide gelangen zum Schlusse, dass der Beklagte in solchen Fällen die Anlage zwar auf Verlangen des Eigenthümers beseitigen muss, aber nur dann auf seine Kosten, wenn ihn bei der Bauführung ein Verschulden trifft. Jhering lässt dies namentlich dann eintreten, wenn derjenige, der den Bau zu verbieten berechtigt war, von der *operis novi nuntiatio* keinen Gebrauch gemacht hatte. Die Begründung beschränkt sich auf die Geltendmachung der Analogie des fr. 6, § 7 a. pl. arc. 39. 3; bei Jhering kommt noch eine kurze aber glänzende Betonung des Aequitätsstandpunktes hinzu. — Es ist übrigens jedenfalls anzunehmen, dass Jhering und Dernburg auch in einem Falle der *Inaedificatio* unter ähnlichen Umständen ebenso entschieden hätte, wie bei einer Servitutsverletzung.

Gegen Jhering hat sich neuestens Burckhard ausgesprochen,³⁾ doch sind seine Ausführungen wenig überzeugend. Gewiss müssen nicht immer dem Schweigen des Servitutsberechtigten durchaus verwerfliche Motive zu Grunde liegen: er mag sich in der That, wie Burckhard annimmt, vor Allem überzeugen wollen, ob die Anlage ihm Schaden bringe. Aber selbst im günstigsten Falle war es nichts weniger als gutnachbarlich, sondern vielmehr recht rücksichtslos, den Nachbar nicht einmal zu warnen, sondern die Erfahrung auf seine Kosten und Gefahr machen zu wollen. Was aber die beiden von ihm angeführten Quellenstellen betrifft,⁴⁾ so bezeichnet er die C. 5 cit. selbst als nicht beweiskräftig; dasselbe, muss jedoch auch von der C. 9 cit. gelten. Der Sachverhalt ist sehr oberflächlich erzählt, es lässt sich daraus keineswegs entnehmen, dass der Bau *nec vi nec clam* oder gar unter den Augen des Eigenthümers stattfand; der Nachdruck scheint auf dem zweiten Satze zu liegen,

²⁾ Jhering in seinem Jahrbuch VI, 99 ff. (Gesammelte Aufsätze S. 38 ff.); Dernburg, Pand. § 232, Note 27; § 285, Note 16.

³⁾ Glück-Burckhard, Serie der Bücher 39 u. 40, Bd. I, S. 309; Bd. III, S. 312; — Seuffert XXXIII, 202 Wolfenbüttel 1876.

⁴⁾ C. 5, 9, de serv. et a. 3. 34.

und der Sinn des Reskriptes geht dahin: Du hast blos dann das Recht, die Beseitigung des Baues zu verlangen, wenn dir die Dienstbarkeit zusteht. Interessant ist der Vergleich mit der vorhergehenden C. 8 cit. Hier wird ausdrücklich vorausgesetzt, dass das *opus vi aut clam* aufgeführt worden ist: nur dann sei der Beklagte verpflichtet, es *sumptibus suis* zu beseitigen. Ist da ein *argumentum a contrario* nicht zulässig? Muss man nicht annehmen, dass das *sumptibus suis* in C. 9 cit. von derselben Voraussetzung abhängt, wie in der C. 8 cit.?

Zweifellos ist es dagegen vor allem, dass die Quellen dem gutgläubigen Bauführer auf fremdem Boden zum mindesten in einem Falle einen Klagsanspruch auf Ersatz der Impensen zuerkennen. War das Grundstück dem Bauführer geschenkt, so konnte dieser den Eigenthümer, falls derselbe nachträglich den Besitz zurückverlangte, auf Herausgabe desselben klagen und die *exceptio legis Cinciae* so lange mit einer *replicatio doli* zurückweisen, bis ihm die Impensen ersetzt sind.⁵⁾ War aber der Anspruch auf Ersatz der Impensen, der dem Kläger zustand, trotzdem er doch wegen mangelnder Tradition das Eigenthum des Grundstücks nicht erworben haben konnte, stark genug, um sogar die *exceptio legis Cinciae* zu überwinden, so musste er dem Bauführer umsomehr zustehen, wenn sich der Beklagte, der vom Baue wusste, auf nichts als auf sein Eigenthum zu berufen vermochte. Aber es scheint, dass die römischen Juristen hier blos mit Rücksicht auf die *exceptio legis Cinciae* den Ersatzanspruch des Klägers blos auf die Impensen einschränkten, und dass sie weiter gegangen wären, wenn dem Beklagten blos die Einrede des Eigenthums nicht aber diese *exceptio* zugestanden wäre. Direkte Zeugnisse besitzen wir dafür allerdings nicht, wohl aber darf man darauf hinweisen, dass sie in mehreren analogen Fällen angenommen haben, die Einspruchsberechtigten hätten den Eingriffen in ihr Recht zugestimmt. Von einem solchen Falle handelt eine Quellenstelle,⁶⁾ welche die Errichtung eines Grabmals mit Ausserachtlassung der Bestimmungen über die Entfernung der Gräber von Gebäuden betrifft. Es wird bestimmt, dass der Eigenthümer des Gebäudes verpflichtet sei, *opus novum nuntiare*; hat er dies unterlassen, so verliert er alle Rechtsmittel bis auf das *interdictum quod vi aut clam*, und wenn er von

⁵⁾ Fr. 5, § 2 de doli mali et m. exc. 44. 4.

⁶⁾ Fr. 3, pr. de mort. infer. 11. 8.

der Beerdigung des Todten wusste, so kann er auch die Beerdigung eines zweiten Todten an derselben Stelle und die Errichtung eines Denkmals nicht hindern. Ausschliesslich in religiösen Motiven können diese Bestimmungen unmöglich wurzeln, da sonst die Ausnahme für den Fall des Nichtwissens des Eigenthümers des Gebäudes unverständlich wäre; man hat offenbar angenommen, dass der Eigenthümer sich durch Unterlassung jedes Widerspruchs präjudiziert habe. Ebenso wird entschieden, dass derjenige, welcher es stillschweigend duldet, dass auf dem gemeinschaftlichen Grundstücke von seinem Mit-eigenthümer ein Werk aufgeführt worden, den letzteren nicht mehr zwingen kann, dasselbe wegzuräumen, sondern nur mit der *a. de communi dividundo* Schadenersatz verlangen kann. Das Gegentheil ist dann der Fall, wenn der Bau in seiner Abwesenheit aufgeführt wurde.⁷⁾ Auch kann derjenige, der geflissentlich keine Einsprache erhob, als sein Nachbar durch eine auf seinem Grundstücke getroffene Einrichtung den natürlichen Lauf des Regenwassers zu seinem Nachtheile abänderte, nicht mehr die *a. aquae pluviae arcendae* anstellen.⁸⁾ Endlich wird die hier vertretene Auffassung auch dadurch bestätigt, dass nach den Quellen derjenige, der die Aufführung eines Grabmals neben seinen Wohngebäuden zuließ, oder ein Wohngebäude neben einem Grabmal aufführte, keine *cautio damni infecti* verlangen darf. Denn wenn es sich auch in dieser Stelle nur um dieses Sicherstellungsmittel, nicht um eine Genehmigung der Bauführung handelt, so ist doch auch gesagt, dass der Eigenthümer des Gebäudes das Recht auf die Kautio und zwar ausschliesslich dadurch verwirkt habe, dass er den gesetzwidrigen Bau eines Grabmals oder Gebäudes duldet (*quia rem illicitam admisit*).⁹⁾

Es ist unmöglich, in diesen Quellenentscheidungen nichts als Singularitäten zu sehen, wie dies Burckhard thut: man muss in ihnen vielmehr den Ausdruck eines allgemeinen Prinzips erblicken, dass derjenige, der zusieht, wie durch einen Bau in seine Rechtssphäre eingegriffen wird, das Recht verwirkt die Wiederherstellung des früheren Zustandes zu fordern, falls er sich gegen den Bau nicht rechtzeitig verwahrt.

Auch die modernen Gesetzgebungen haben dieses Prinzip viel-

⁷⁾ Fr. 28 de comm. div. 10. 3; Seuffert XXXIV, 9 Berlin 1877.

⁸⁾ Fr. 19, 20 de aqua et aquae pluviae arc. 39. 3; hierüber Hartmann im Arch. f. civ. Pr. LXXII, 187.

⁹⁾ Fr. 13, § 7 de damno inf. 39. 2.

Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung.

fach anerkannt. Am konsequentesten und zweckmässigsten ging hiebei das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch vor. Was zunächst die Inaedification betrifft, so wird für den Fall der Bauführung auf fremdem Grunde mit eignen Materialien bestimmt, dass das Gebäude dem Grundeigenthümer zufällt, doch könne der redliche Bauführer den Ersatz der nothwendigen und nützlichen Kosten fordern; der unredliche Bauführer wird gleich einem Geschäftsführer ohne Auftrag behandelt. Hat aber der Bauführer fremde Materialien benutzt, so muss er dem vorigen Eigenthümer der Materialien nach Beschaffenheit seiner redlichen oder unredlichen Absicht den gemeinen oder höchsten Werth ersetzen. Der Eigenthümer des Grundes, der von der Bauführung gewusst und sie nicht sogleich dem redlichen Bauführer untersagt hat, kann nur den gemeinen Werth für den Grund fordern.¹⁰⁾

Ausserdem hat das österreichische Recht in sehr zweckmässiger Weise das römische Recht der *operis novi nuntatio* umgeformt. Hiernach ist derjenige, der einen Bau vorhat, befugt, bei den Gerichten, welchen der Grund, worauf gebaut wird, untersteht, jene Personen anzugeben, gegen deren Widerspruch er sich sicherzustellen gedenkt, und unter Vorlage des Bauplanes zu bitten, dass diesen Personen aufgetragen werde, ihre Rechte dawider auszuführen oder zu gewärtigen, dass ihnen diesfalls das ewige Stillschweigen auferlegt, dem Aufforderer aber gestattet werde, den Bau nach dem eingelegten Bauplane vorzunehmen. Im allgemeinen ist wie bei dem eigentlichen Aufforderungsprozesse zu verfahren.¹¹⁾ Es ist zweifellos, dass derjenige, der die aufgeforderte Klage nicht erhebt, sein Recht verliert.

Noch weiter geht, und zwar wohl mit Recht, Randa: er nimmt an, dass auch derjenige den possessorischen und petitorischen Schutz seines Rechts, insoweit es mit dem beabsichtigten und genehmigten Baue nicht verträglich erscheint, verliert, der bei der sog. politischen Baukommission keine Einwendungen erhebt. Diese letztere Kommission soll jener, der einen Bau zu führen gedenkt, bei der politischen Obrigkeit veranlassen, von der letzteren sind noch vor Ertheilung des Baukonsenses alle Nachbarn und Anrainer zu vernehmen und diese bei etwaigen „Irrungen“ auf den ordentlichen

¹⁰⁾ § 418 u. 419 österr. B.G.B.

¹¹⁾ § 72 allg. Gerichtsordnung; § 73 westgal. Gerichtsordnung.

Rechtsweg zu verweisen.¹²⁾ Die Geltendmachung der auf das Eigenthum und andere dinglichen Rechte gestützten Ansprüche auf Wiederherstellung des vorigen Zustandes ist daher nach österreichischem Rechte jedenfalls in viel weiterem Umfange als selbst nach der hier vertretenen Auffassung des römischen Rechts unterbunden.

Das preussische Landrecht enthält ähnliche Bestimmungen nur für das Bauen an der Grenze. Der Vorsatz einen solchen Bau zu führen „und wie viel er das Gebäude vorzurücken gedenke“, muss vom Bauführer dem Nachbar angezeigt werden. Hat er dies gethan und ist die angegebene Linie von dem Nachbar genehmigt, so hat er dem Nachbar, wenn er die Linie überschritt, nur den Grund und Boden nach einer billigen Taxe zu vergüten, es sei denn, dass die Grenzüberschreitung aus Vorsatz oder aus grobem Versehen geschah. Im letzteren Falle dagegen, und ebenso, wenn er die Anzeige gar nicht erstattete, oder wenn er des Widerspruchs der Nachbarn ungeachtet über die wahre Grenzlinie fortgebaut hat, ist er schuldig das Gebäude auf seine Kosten bis innerhalb seiner Grenzen zurückzuziehen und ausserdem den Nachbar zu entschädigen.¹³⁾

Im übrigen hat der Eigenthümer im Falle der Inädifikation, wenn er vom Baue nichts wusste oder demselben widersprach, die Wahl, entweder auf dessen Wegschaffung oder Abbrechung auf Kosten des Bauenden und gegen den Ersatz des Schadens zu dringen, oder es ihm mit dem dazu gehörigen Grunde und Boden gegen Vergütung des etwaigen Schadens überlassen, oder aber gegen Erstattung der nothwendigen Baukosten, soweit sie den Werth des Gebäudes nicht übersteigen, zu behalten.¹⁴⁾ Hat aber der Eigenthümer des Grundes und Bodens von dem Baue gewusst und nicht sogleich, als er davon Nachricht erhalten, die Fortsetzung desselben auf eine solche Art, dass es zur Wissenschaft des Bauenden gelangt ist, widersprochen, so muss er sich mit der blossen Entschädigung für Grund und Boden begnügen.¹⁵⁾ Ferner erlöschen nach dem Preussischen Landrechte Grunddienstbarkeiten, wenn der Berechtigte wissentlich geschehen lässt, dass in der verpflichteten Sache Anstalten und Einrichtungen, welche die Ausübung seines Rechts geradezu un-

¹²⁾ Randa, Besitz S. 200, Note 79. Ullmann, Das österr. Zivilprozessrecht. 3. Aufl. S. 230.

¹³⁾ § 340—342 I, 9 P.L.R.

¹⁴⁾ § 327—331, I, 9 A.L.R.

¹⁵⁾ § 339, I, 9 P.L.R.; vergl. Dernburg § 236, Note 7.

möglich machen, getroffen werden. Nach demselben Grundsatz ist die Frage zu entscheiden, inwiefern daraus, dass der Berechtigte in der belasteten Sache Anstalten, welche die Ausübung seiner Grundgerechtigkeit hindern oder erschweren, wissentlich hat treffen lassen, eine Einschränkung seines Rechtes folge.¹⁶⁾

Die Bestimmungen des preussischen Landrechts wurden von der preussischen Rechtssprechung ausdehnend interpretirt. Namentlich wird die Norm des § 43, I, 22 auf subjektiv dingliche gesetzliche Einschränkungen des Eigenthums analog angewendet: so insbesondere nach Dernburg,¹⁷⁾ dem ich hier folge, auf den Fall einer Ueberschreitung der Baulinie, sowie eines Baues der Licht entzieht, auf den Fall der Anlegung eines Zaunes zu nahe an der Grenze, ebenso auf vertragsmässige Beschränkungen des Rechts zu bauen.¹⁸⁾

Der Code Napoleon dagegen hat das Verschweigungsprinzip nirgends mit dürren Worten ausgesprochen: es wird bloß bestimmt, dass das Gebäude im Falle der Inädifikation dem Eigenthümer des Grundstücks zufällt, welcher dem Dritten den Aufwand zu ersetzen hat; doch kann er den Bauführer, wenn dieser nicht im guten Glauben war, nöthigen, das Gebäude auf eigene Kosten wegzuräumen und ihn zu entschädigen.¹⁹⁾ Was die Grunddienstbarkeiten betrifft, so unterliegt es wohl keinem Zweifel, dass sie untergehen, wenn der Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks eine Veränderung vornimmt, welche die Ausübung derselben unmöglich macht,²⁰⁾ doch ist dieser Satz hier nur eine Konsequenz des allgemeinen Grundsatzes, wonach Grunddienstbarkeiten erlöschen, wenn sich der Zustand der Dinge so verändert, dass es unmöglich ist, dieselben auszuüben.

Es ist nun ausserordentlich charakteristisch, dass sowohl die Praxis des französischen Rechts, welches das Verschweigungsprinzip nicht kennt, als auch die gemeinrechtliche Praxis, die der herrschenden Meinung folgend, dieses Prinzip im römischen Rechte nicht ausgesprochen findet, wo immer sie einem konkreten Falle gegenüber-

¹⁶⁾ § 43 u. 45 I, 22 P.L.R.

¹⁷⁾ Dernburg § 299, Note 6, Z. 8.

¹⁸⁾ Berl. O.T. XXXVIII, 70 (1858).

¹⁹⁾ Art. 555 C.N.

²⁰⁾ Art. 703 u. 704 C.N. — Zachariae 6. Aufl. Bd. II, § 255, Note 2 (die Bemerkungen Puchelts).

stehen, sich den Grundsätzen des österreichischen und preussischen Rechts, nähern, welches das Verwirkungsprinzip am klarsten ausgesprochen hat, indem es schon darin, dass der Eigenthümer den mit seinem Wissen auf seinem Grunde aufgeführten Bau duldete, und darin, dass der Dienstbarkeitberechtigte dem Bau nicht entgegentrat, den stillschweigenden Verzicht auf das Einspruchsrecht erblickt.

So entschied das O.A.G. Dresden, dass der Eigenthümer des Grundstückes, der stillschweigend geschehen liess, dass der Nachbar beim Bau einer Scheune die Grenze überschritt, ja sogar selbst beim Baue mithalf, nach Vollendung des Baues vom Eigenthümer der Scheune nur verlangen darf, dass er ihm die Hinwegräumung des auf seinem Grunde stehenden Scheunentheils auf eigene Kosten gestatte.²¹⁾ Diese Entscheidung begnügt sich allerdings mit der blossen Ueberwälzung der Kosten der Hinwegräumung auf den stillschweigenden Eigenthümer, wie dies Dernburg und Ihering für das römische Recht behaupten.

Ein dem im fr. 28 comm. div. 10. 3 erörterten nicht unähnlicher Fall wurde vom Bayerischen Obersten Gerichtshofe entschieden. Die von dem Miteigenthümer eines Hofes gegen den andern Miteigenthümer, welcher den Hof durch einen Zaun theilte, eingebrachte partielle Vindikation wurde zwar in erster Linie deswegen abgewiesen, weil in einem solchen Falle nicht zu einer Vindikation, sondern zu einer Negatorienklage Anlass sei; gleichzeitig wurde aber bemerkt, dass der Kläger, der, obwohl er es konnte, gegen die Errichtung des Zaunes Widerspruch nicht erhob, und in der Mitbenutzung des gemeinschaftlichen Hofes durch Errichtung des Zauns wesentlich nicht gehindert ist, nicht einmal zur Anstellung der Negatoria berechtigt wäre.²²⁾

Ebenso haben französische Gerichte mehrmals ganz im Sinne der Bestimmungen des österr. bürgerlichen Gesetzbuchs und des preussischen Landrechts entschieden: Si le constructeur a bâti a vu et su de son voisin, on ne peut dire à proprement parler qu'il est de bonne ou de mauvaise foi, il faut alors vérifier d'après les faits s'il y a consentement tacite de la part du voisin dont la construction occupe le terrain; il est ainsi par exemple si une construction

²¹⁾ Sächs. XLIV, 229 (1875); dagegen B. O.G.H. VIII, 30 (1879) für den Fall einer ausdrücklichen Zustimmung zum Baue.

²²⁾ B. O.G.H. IX, 163 (1885).

avait été faite par le mari en partie sur son immeuble, en partie sur un immeuble propre de sa femme.²³⁾

Derselbe Grundgedanke wurde in einer ganz eigenartigen Weise vom Pariser Kassationshofe angewendet. Der Miether, der sich im Vertrage ausdrücklich verpflichtet hatte, im vermieteten Lokale nur das Gewerbe eines Limonadeurs zu betreiben, errichtete daselbst mit Wissen des Eigenthümers ein Café und Restaurant und kündigte dies dem Publikum durch einen Schild an. Der Kassationshof schloss de tous ces faits que le contrat primitif a été modifié dans son execution par un accord reciproque de parties.²⁴⁾

Es ist schon auf den ersten Blick hin klar, dass es gänzlich unzulässig ist die Verwirkung des Rechts durch Schweigen in den soeben erörterten Fällen irgendwie auf eine stillschweigende Willenserklärung des Schweigenden zurückzuführen. Allerdings wird die Verwirkung der a. a. pl. arc. im Falle des fr. 19. 20 cit. nicht selten auf eine stillschweigende Willenserklärung (Verzicht) des beschädigten Eigenthümers zurückgeführt. Besonders energisch betont diesen Gesichtspunkt Burckhard und hebt hervor, dass die Vertheidigung des auf die restitutio operis Belangten nicht ausschliesslich darauf gegründet werden könnte, dass der Kläger gegenüber der Errichtung desselben geschwiegen habe, vielmehr bedürfe es stets noch der Anführung besonderer Momente, die dem Schweigen die Bedeutung bindender Einwilligung gaben.²⁵⁾ Davon findet sich jedoch an den in Rede stehenden Stellen nichts, dort wird als einzige Voraussetzung der Ausschliessung der a. a. pl. a. angegeben, si patiente vicino quid faciam: dass dies in der Folge eingeschränkt wird auf den Fall, wo das Schweigen nicht durch Irrthum oder Unwissenheit entschuldigt wird, ist für diese Frage belanglos, dadurch wird die Verwirkung ebensowenig zum stillschweigenden Verzicht als für die rechtliche Beurtheilung der Verjährung die unter Umständen eintretende Hemmung derselben wegen Abwesenheit in Betracht kommt. Auch das Argument, dass sonst die vetustas überflüssig wäre, ist ganz

²³⁾ Dalloz, Jurisprud. Générale: Vo. Propriété No. 45 (Kassationshof 1839); ebenso ibidem Caën 1833; nicht dagegen ibidem Kassationshof 1841; dafür auch De'molombe IX, No. 691.

²⁴⁾ Dalloz 57, I, 149.

²⁵⁾ So Hartmann, Arch. f. civ. Praxis LXXII, S. 188; Burckhard a. a. O. S. 312; auch wird fr. 19, 20 cit. in Lehr- u. Handbüchern regelmässig als Paradigma der stillschweigenden Willenserklärung angeführt.

hinfällig.²⁶⁾ Daraus, dass ein Zustand seit altersher besteht, folgt doch nicht, dass er unter den Augen des Nachbars (*patiente vicino*) entstanden ist. In fr. 3 per de mort. infer. 11. 8, ist von einer stillschweigenden Willenserklärung keine Rede; gerade so wie im fr. 19 cit. nichts mehr vorausgesetzt wird, als dass das *opus patiente vicino* errichtet werde, verlangt dieses Fragment nichts mehr als dass die Beerdigung ab initio sciente domino stattgefunden sei. Im fr. 3. pr. cit. und fr. 28 comm. div. 19. 3. wird die Verwirkung als unmittelbare Rechtsfolge der Unterlassung der *operis novi nuntiatio* im ersten, eines Verbotes, wo es möglich wäre, — *si cum prohibere poterat hoc praetermisit* — im zweiten Falle bezeichnet, ohne jede Bezugnahme auf den Willen. Die Quellen berufen sich daher in keinem der hierher gehörigen Fälle auf die stillschweigende Willenserklärung.

Das preussische Landrecht gründet allerdings den Verlust der Dienstbarkeit auf eine stillschweigende Einwilligung.²⁷⁾ Dennoch ist es zweifellos, dass die Bestimmungen des preussischen Landrechts durch Erwägungen der Billigkeit und gewichtige legislatorische Gründe, nicht im Geringsten aber durch die Rücksicht auf den subjektiven Willen des Schweigenden veranlasst sind. In der That handelt es sich hier um eine Rechtsvorschrift, welche an das Stillschweigen unter diesen Umständen die Verwirkung der Dienstbarkeit als Rechtsfolge knüpft. Es wäre daher ganz irrelevant, wenn etwa der Schweigende nachzuweisen vermöchte, dass ihm nichts ferner lag, als auf sein Recht zu verzichten; das preussische Obertribunal hat dies mit dürren Worten anerkannt und die Konsequenz daraus gezogen, dass der blosse mündliche Widerspruch nicht genügt, um den Verlust der Dienstbarkeit abzuwenden, sondern hierzu gerichtliche Protestation oder Klage erforderlich ist: „denn die legislatorische Aufgabe“ der Vorschrift des § 43, Tit. 11, Th. I, A.L.R. konnte nicht auf das negative Ergebniss gerichtet sein, den Mangel der Absicht des Berechtigten, sich seines Rechts zu begeben, wofür schon die Vermuthung streite (Einleitung § 105), erkennbar werden zu lassen, sondern es sollte ihm die Verpflichtung auferlegt werden, das Erforderliche zum Schutz seines Rechts zu thun oder ihm zu entsagen.²⁸⁾

²⁶⁾ Burkhard a. a. O. S. 313.

²⁷⁾ § 43 u. 45, I, 22 P.L.R.

²⁸⁾ Berl. O.T. XLI, 178 (1858); vergl. Dernburg § 299, Note, Z. 4 und Text dazu.

Nicht anders verhält es sich auch dort, wo die Praxis, ohne eigentliche gesetzliche Basis zu denselben oder ähnlichen Resultaten gelangt, wie die modernen Gesetzbücher. Dass eine und dieselbe Entscheidung auf legislatorischen Erwägungen beruhte, wenn sie sich in einem Gesetze findet, aber ausschliesslich den Parteiwillen zur Basis hatte, wenn sie in einem Urtheil ausgesprochen wird, ist an und für sich kaum anzunehmen. Man kann daher mit Grund behaupten, dass auch die Gerichte, selbst dort, wo sie sich auf die stillschweigende Zustimmung des Schweigenden berufen, keineswegs etwa dem subjektiven Willen Rechnung tragen wollen, sondern dass auch sie sich dem Einfluss derselben Momente nicht entziehen konnten, welche für den Gesetzgeber maassgebend waren.

Was die oben besprochenen gemeinrechtlichen Entscheidungen betrifft, so dürften sie allerdings schon durch die angeführten Quellenstellen genügend gerechtfertigt erscheinen. Für die preussischen Entscheidungen in sofern sie sich nicht direkt auf das Gesetz gründen, beruft man sich mit Recht auf die Analogie; im Allgemeinen lässt es sich aber nicht bezweifeln, dass der Richter in denselben jenen durchgreifenden Gründen der Billigkeit der legislatorischen Politik Rechnung trug, welche für den Gesetzgeber so oft bestimmend waren. In der That, wenn irgendwo so erscheint hier ein Eingriff in das starre Eigenthumsprinzip gerechtfertigt. Dass der Eigenthümer unter den gegebenen Verhältnissen illoyal, boshaft oder mindestens höchst fahrlässig sich verhielt, daher gar keine Rücksichten verdient, ist wohl zweifellos. Wohl aber verdient Berücksichtigung der Bauführer, der sonst einen häufig unverschuldeten und in allen Fällen einen ausser allem Verhältnisse mit dem etwaigen Affektionsinteresse des (doch angemessen zu entschädigenden) Eigenthümers stehenden Schaden erleiden würde. Ausschlaggebend muss jedoch der Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses sein, ne urbs ruinit deformatur: dass der einmal ausgeführte Bau erhalten bleibe, die darauf gewendete Mühe und Arbeit nicht unwiederbringlich verloren gehe.^{28a)} Legislatorische und Billigkeitsrücksichten sind es daher, die den gesetzlichen und richterlichen Entscheidungen zu Grunde liegen. Dem sei aber wie immer, die Entscheidungen mögen auf positivem Rechte, auf der Gesetzesanalogie, auf der Rechtsanalogie oder ausschliesslich auf der Billigkeit beruhen, so viel scheint mir

^{28a)} Vergl. Puchta, Kleine zivilist. Schriften S. 396.

sicher zu sein, dass die „stillschweigende Willenserklärung“ für dieselben höchstens den Vorwand, nicht aber eine Begründung abzugeben vermag.

Es ist vielleicht nicht ganz überflüssig, darauf hinzuweisen, dass das Gericht in einem Falle dieser Art, wo die „stillschweigende Willenserklärung“ nicht gut herangezogen werden konnte, zur *exceptio doli* seine Zuflucht nehmen musste, die eben nie zu versagen pflegt. Der Bauende hatte nämlich den Grund, wo er gebaut hat, vom Kläger gekauft, und dem Kläger den Grundriss vorgelegt, aus welchem sich ergab, dass sich der Bau auf die nächste Parzelle erstrecken werde. Diese Parzelle sollte der Kläger vom Fiskus, dem sie damals gehörte, erwerben und sie dem Beklagten verkaufen. Er kaufte sie auch thatsächlich; der Beklagte führte den Bau auf derselben auf, allein als er für sie nicht so viel wie der Kläger verlangte, das Neunfache des Werthes, bezahlen wollte, stellte dieser die Eigenthumsklage an; inzwischen war aber sein Versprechen, die Parzelle dem Beklagten zu verkaufen, verjährt. Aus der Begründung der *exceptio doli* stattgebenden Entscheidung hebe ich hervor: „Daran kann der Umstand nichts ändern, dass die vom Beklagten erwähnte Verabredung, wonach der Kläger sich verpflichtet haben soll, ihm die Parzelle, nachdem er dieselbe erworben habe, zu verkaufen, wegen eingetretener Verjährung nicht klagbar sein würde (vergleiche fr. 5 § 2 de doli et m. exc. 44. 4). Wenn bei jener die Ueberlassung der fraglichen Parzelle betreffenden Vereinbarung ein Kaufpreis nicht bestimmt wurde, auch jetzt noch eine Einigung der Parteien über denselben nicht zu erzielen war, so würde der Kläger die Einwendung der Arglist nur dann von sich abwenden können, wenn er als Preis vom Beklagten nicht mehr verlangt hätte, als er selbst für den bei jener Verabredung vorausgesagten Erwerb der Parzelle gezahlt hat, oder doch den angemessenen Preis.“²⁹⁾

Interessant sind auch Bähr's Bemerkungen zu dieser Entscheidung. „Es wäre legislatorisch gewiss gerechtfertigt, wenn für Fälle dieser Art ein Schutz geschaffen wäre, wie ihn das A.L.R. (Th. I Tit. 9 § 332) gewährt, und auch in dem vorliegenden Falle die zweite Instanz auf die Autorität von Leyser hin dem Beklagten gewähren wollte. Leider könnte dies aber zur Zeit als dem be-

²⁹⁾ Bähr, Urtheile des R.G. S. 109 ff.: vergl. hiez. Berl. O.T. XXX, (1855).

stehenden gemeinen Rechte entsprechend nicht erkannt werden.“³⁰⁾ Bähr's Standpunkt fällt mit dem hier vertretenen im wesentlichen zusammen. Auch er betont das legislatorische Bedürfniss und weist darauf hin, dass das Reichsgericht die *exceptio doli* dazu benützte, um eine das Rechtsgefühl befriedigende Entscheidung zu fällen. Von einer Bezugnahme auf die stillschweigende Willenserklärung wird von ihm ebenfalls Umgang genommen.

II. In einem von Paulus referirten Reskripte schliesst der Kaiser Antoninus Pius aus dem Umstande, dass der Gläubiger die Zinsen jahrelang nicht eingefordert hatte, darauf, dass die Zinsen erlassen worden seien.³¹⁾ So wie das Reskript lautet, fasst der Kaiser die aufgeworfene Frage als eine Beweisfrage auf und entscheidet sie dahin, der lange Zeitraum, während dessen die Zinsen nicht eingemahnt worden sind, beweise, dass dieselben erlassen wurden; der Kaiser stellt also das Vorhandensein des Verzichtwillens auf Grund eines indirekten Beweises fest. Es scheint nicht, dass andere Indizien für den Verzichtwillen vorhanden gewesen wären als die langjährige Nichtgeltendmachung, jedenfalls ist aus dem Reskript nichts mehr zu entnehmen.

Beim Worte genommen, würde jedoch dies Reskript einen Rechtsatz von grösster materieller Bedeutung feststellen. Hiernach würde zum Verzicht auf eine Forderung schon der innere Willen genügen, wie immer er bewiesen sein mag; für den internen Gebrauch bestimmte Notizen, Aufzeichnungen in Haushaltungsbüchern müssten konsequent als Beweise des innern Willens dienen können, denn von jedem derartigen Schriftstücke kann gesagt werden: *omissio te indicat*. Namentlich der blosse Umstand, dass eine Forderung Jahre hindurch nicht geltend gemacht wurde, wäre ein vollständiger Beweis des Willens, darauf zu verzichten. Ein Gläubiger, der um sich seinem Schuldner gefällig zu erweisen (*ut gratior apud eum videlicet esset*), seine Forderung ruhen lässt, würde sie dadurch verwirken: er wäre, nur um das Präjudiz des Verzichtes auszuschliessen, bemüssigt, auch während der Verjährungszeit die Forderung einzutreiben. Selbst wenn man die Bestimmung dieses Fragments auf Zinsenforderungen einschränken wollte, wozu, so wie es einmal lautet, kein Anlass vorliegt, würde sie zu unmöglichen Konsequenzen führen.

Und doch steht dieses Fragment in den Quellen nicht verein-

³⁰⁾ Bähr, ebendasselbst.

³¹⁾ Fr. 17, § 1 de usur. 22. 1.

zelt da. Ich übergehe das fr. 26 de prob. et praes. 22. 3: der stillschweigende Verzicht auf das Fideikommiss wurde hier nicht bloß wegen der langjährigen Unterlassung der Einforderung, sondern auch aus dem Grunde vermuthet, weil die Berechtigte es bei den häufigen Abrechnungen mit dem Bruder (dem Verpflichteten) nie zur Sprache brachte: ein solches Uebergehen bei der Abrechnung kann immerhin als ausdrückliche und dem andern Theile gegenüber stattgefundene Erklärung des Verzichtwillens angesehen werden.³²⁾ Aber auch in einem andern Fragment wird dem Stillschweigen durchaus dieselbe Bedeutung beigelegt. Der Mann darf, nachdem ihm die Dos während der Ehe nicht übergeben worden war, und nach Auflösung der Ehe die Gattin lange Zeit im Besitz der dotalen Grundstücke verblieben ist, nicht mehr nachträglich auf Uebergabe derselben klagen, obwohl er offenbar aus irgend einem aus der Stelle nicht zu entnehmenden Grunde das Recht hatte, die dos zu behalten: *convenisse tacite videtur ne dos, quae promissa fuerat petatur.*³³⁾

Endlich soll auch das fr. 31 § 2 de reb. auct. jud 42. 5. nicht unerwähnt bleiben. Die Erbschaftsgläubiger dürfen von dem Erben, den sie für verschuldet halten, nur kurze Zeit nach Antritt der Erbschaft Sicherstellung fordern, nicht aber nachdem er sich schon lange Zeit im Besitze der Erbschaft befindet. Auch hier wird daher der Verzicht auf ein Recht bloß deswegen angenommen, weil es längere Zeit nicht geltend gemacht worden ist.

Was die moderne Rechtsprechung betrifft, so tragen folgende Entscheidungen einen ähnlichen Charakter: Ueber eine Liegenschaft wurde im Geltungsgebiete des badischen Landrechts, das bekanntlich das Eigenthum durch blosse Verträge übergehen lässt, ein Kaufvertrag abgeschlossen, und die Absicht der Parteien ging offenbar auf sofortige Erfüllung desselben: dafür sprach die Beschaffenheit der mitverkauften Fahrnisse und der Umstand, dass der Käufer wenige Tage nach Abschluss des Vertrages die Klage auf Erfüllung erhob, welche zu seinen Gunsten rechtskräftig entschieden wurde. Trotzdem verlangte er die Uebergabe der Liegenschaft erst nach 25 Jahren und beließ in der Zwischenzeit den Verkäufer im Besitz und vollständigem Genuss des Kaufobjektes, sah ruhig zu, wie der Besitzer durch

³²⁾ Ebenso wie etwa in fr. 29 de obl. et act. 44. 7; doch lagen hier die begleitenden Umstände anders.

³³⁾ Fr. 69 pr. de iur. dat. 22.

Beschwerung der Liegenschaft mit Vorzugs- und Unterpfandrechten über dieselben wie ein Eigenthümer verfügte, ohne seine Vertragsrechte zu wahren, wozu bei der Offenkundigkeit der Vorgänge Anlass vorhanden war, er hat auch keinen Einspruch erhoben, als nach dem Ableben der Ehefrau des Verkäufers die Kaufobjekte als Gegenstand der Theilung zwischen letzterer und den Erben des ersteren behandelt worden sind, obwohl auch diese Thatsache ihm nicht unbekannt bleiben konnte. Daraus wird nun geschlossen, dass dieser Vertrag mit beiderseitiger Uebereinstimmung aufgehoben worden ist.³⁴⁾

Aehnlich ist folgender Fall: Ueber den Kauf eines Hauses wurden rechtsverbindliche Punktationen verfasst, eine Anzahlung von 200 fl. wurde geleistet und dabei vereinbart, dass der restliche Kaufpreis von 800 fl. bei Errichtung einer formellen einverleibungsfähigen Urkunde gezahlt werden sollte. Nachdem der Verkäufer den Käufer mehrmals aufgefordert hatte, einen formellen Vertrag zu errichten, war davon lange Zeit überhaupt keine Rede, bis endlich, nach 12 Jahren, der Käufer seinerseits auf Ausstellung einer solchen Vertragsurkunde klagte. Die Klage wurde vom O.L.G. Triest aus folgenden vom Obersten Gerichtshofe Wien bestätigten Gründen abgewiesen: „Dem Kläger konnte das Recht, den Beklagten, indem er ihm die bisher vorenthaltenen 800 fl. offerirte, zum Verkaufe des Hauses zu zwingen, nicht eingeräumt werden, da in den 12 Jahren, die seit der Punktation verstrichen sind, sich die Umstände sehr verändert haben können und die Folgen der vom Kläger verschuldeten Verspätung nicht dem Beklagten angerechnet werden können.“^{34a)}

Was ferner Verträge des Handelsverkehres betrifft, so bemerkt das H.G. Zürich: „Es könne im Handelsverkehre soviel als festgestellt angesehen werden, dass der Verkäufer eine Waare einem Käufer gegenüber dann zumal Rede zu stehen nicht mehr schuldig ist, wenn dieser zur Vertragszeit die Waare weder bezieht noch sonst darüber verfügt, sondern auch über ein halbes Jahr verstreichen lässt, ohne sich um die Sache zu bekümmern und in irgend welcher Weise zu erkennen zu geben, dass er dieselbe noch zu bezahlen Willens sei.“³⁵⁾

Von französischen Entscheidungen zähle ich folgende zwei hier-

³⁴⁾ Seuffert XXIII, 23 O.H.G. Mannheim 1866; ähnlich Seuffert XXXIII, 294 Wolfenbüttel 1877.

^{34a)} G.U. XXI, 9656 (1883).

³⁵⁾ Goldschmidt XXV, 307 H.G. Zürich 1873.

her: Ein Kaufmann schloss mit einem Fabrikanten einen Vertrag, wodurch sich dieser verpflichtete, nur für ihn zu arbeiten; später verfiel der Kaufmann in Konkurs, bezahlte seinen Gläubigern beim Ausgleiche nur eine Quote und machte hierauf Jahre hindurch bei dem betreffenden Fabrikanten keine Bestellungen. Es wurde entschieden, dass der Vertrag unter diesen Umständen als aufgelöst zu betrachten sei.³⁶⁾ In dem dem andern Erkenntniss zu Grunde liegenden Falle hatte der Herausgeber eines Lieferungswerkes, im Widerspruche mit den in dem Prospekte angegebenen Bezugsbedingungen, ohne irgend welche Rechtfertigung die erschienenen Fortsetzungen sechs Jahre hindurch nicht eingesandt. Es wurde entschieden, dass er dadurch dem Handelsgebrauche zuwider gehandelt habe und daraus der Schluss gezogen, *qu'il doit être réputé avoir contrevenu contre les usages de commerce, et que par suite le souscripteur est fondé à se dire dégagé à son obligation.*³⁷⁾

Der Thatbestand nun, der allen diesen Entscheidungen zu Grunde liegt, ist so ziemlich derselbe, wie bei der Verjährung: langjähriges Stillschweigen verbunden gewissermaassen mit einem Fallenlassen des Rechts. „Wenn ein Klagerecht dadurch untergeht, dass der Berechtigte dasselbe innerhalb eines gewissen Zeitraumes auszuüben unterlässt, so heisst diese Aufhebung des Rechts Klageverjährung.“³⁸⁾ Die Quellen charakterisiren ja den Thatbestand der Verjährung als *juge silentium*,³⁹⁾ und auch neuerdings wird das „Stillschweigen“ als das eigentlich wirksame Moment bei der Verjährung bezeichnet.⁴⁰⁾ Die Rechtsfolgen, die in den hier in Rede stehenden Fällen eintreten, sind ebenfalls dieselben, wie bei der Verjährung: Verwirkung eines Rechts infolge langjährigen Stillschweigens. Und auch sonst dürfte man wohl behaupten, dass kaum ein Rechtssatz, welcher sich auf die Verjährung bezieht, hier nicht sachgemäss anwendbar wäre. Die Ausschliessungsgründe der Verjährung würden jedenfalls auch hier die Rechtsverwirkung ausschliessen, die Hemmungsgründe würden auch hier zur Folge haben, dass die Rechtsverwirkung aufgeschoben würde.

³⁶⁾ Dalloz 54, I, 308.

³⁷⁾ Dalloz 49, II, 220 Paris.

³⁸⁾ Savigny, System V, 265 ff.

³⁹⁾ C. 3 de praescr. XXX., ann. 7, 38; darüber insbesondere Czyhlarz, Institutionen S. 373.

⁴⁰⁾ Grawein, Verjährung S. 57 ff.

Ein Unterschied könnte daher nur in der juristischen Grundlage gefunden werden: dort tritt die Rechtsverwirkung in Folge einer gesetzlichen Bestimmung ein, hier wird sie auf den Willen der Parteien zurückgeführt. Aber man wird den Abstand zwischen beiden weniger gross finden, wenn man zugiebt, dass die Verjährung als Rechtsinstitut nicht nur durch Gesetz, sondern auch durch Gewohnheitsrecht begründet werden kann: denn, dass die Quellen und der Richter, selbst bei dem Bestande einer gewohnheitsrechtlichen Verjährung die Entscheidung nicht auf diese, sondern beinahe ausnahmslos auf die Annahme eines Verzichts gründen, ist keineswegs unbegreiflich. Man weiss doch wie zögerud und widerwillig ein moderner Richter sich entschliesst ein neues Gewohnheitsrecht festzustellen.

Bekanntlich erblicken die Quellen in dem Ersitzenlassen eine Veräusserung.⁴¹⁾ Man hält sich dabei an die rein äusserliche Aehnlichkeit zwischen dem Verluste eines Rechts durch Uebertragung desselben an einen Dritten oder durch Dereliction einerseits und dem Verluste eines Rechts durch Geschehenlassen eines originären Erwerbes seitens eines Dritten andererseits. Die Unrichtigkeit dieses Standpunktes kann man anstandslos zugeben, nichts destoweniger aber es sehr charakteristisch finden, dass selbst ein scharfsinniger römischer Jurist sich von der äusseren Aehnlichkeit hat verführen lassen, die *usucapio* auf eine *alienatio* des bisherigen Eigenthümers zu gründen.⁴²⁾ Umsoweniger sollte man darüber staunen, dass ein moderner Richter wirkliche Verjährungsfälle als Verzicht konstruirt. Besteht doch dieselbe äussere Aehnlichkeit zwischen Verjährung, dem Verwirken eines Rechts von Gesetzeswegen, und dem Verzicht, dem Aufgeben eines Rechts durch Willenserklärung. Diese Aehnlichkeit beweist auch der Umstand, dass bis in die neueste Zeit als legislatorischer Grund des Rechtsinstituts der Verjährung der Verzicht desjenigen, der sein Recht verwirkt, angesehen wurde.⁴³⁾ Noch Demelius macht diesen Grund für die kurze Verjährung der *actiones vindictam spirantes* geltend.⁴⁴⁾

⁴¹⁾ Fr. 28 de V. S. 50, 16.

⁴²⁾ Nicht viel besser steht es um die Zurückführung der *usucapio* auf den *animus derelinquendi* des Eigenthümers. Darüber Schirmer, die Grundidee der *Usucapion* S. 15, Note 44.

⁴³⁾ Vergl. darüber Unterholzner-Schirmer, Verjährungslehre S. 93, Note 103.

⁴⁴⁾ Demelius, Untersuchungen S. 23; — Grawein, Verjährung S. 91; Hölder, Pand. S. 348.

So erscheint die Kluft, die zwischen Verjährung und Verzicht gähnte, einigermaassen überbrückt. Ist es möglich, dass das ganze Rechtsinstitut der Verjährung auf den Verzichtbegriff gegründet wird, warum soll man es für ausgeschlossen halten, dass der Richter aus Rechtsirrthum oder anderen Bedenken Raum gebend, eine Entscheidung, die er auf eine gewohnheitsrechtliche Verjährung hätte gründen sollen oder können durch einen allerdings fingirten stillschweigenden Verzicht zu rechtfertigen suchte?

Und in der That lässt sich wohl kaum bezweifeln, dass man es sowohl in den obenerwähnten Quellenstellen, als auch in den modernen Entscheidungen nicht mit einem Verzicht zu thun hat. Im allgemeinen wird die Annahme des Verzichtwillens auf Seiten des Gläubigers ausschliesslich darauf gegründet, dass dieser sich Jahre hindurch gänzlich unthätig verhielt. Man wird diesen Schluss schon an sich für gewagt halten; aber es ist auch nicht zu übersehen, dass er beispielsweise bei fr. 17 § 1 de usur 22. 1 nach den eigenen Worten des Fragments nicht zutrifft. Der Gläubiger schwieg doch nur, um sich dem Schuldner gefällig zu zeigen, nicht weil er verzichtete. Andererseits sollte man doch meinen, dass es ein gutes Recht des Gläubigers ist, seine Forderung nach Gutdünken auszuüben oder nicht. Der Gesichtspunkt, dass derjenige, der sein Recht lange Jahre nicht ausgeübt hatte, auf sein Recht keinen Werth lege, und auf dasselbe wohl auch verzichtet haben mag, ist mit Recht oder Unrecht zu legislatorischer Rechtfertigung des Rechtsinstitutes der Verjährung angeführt worden; es wäre merkwürdig, dass derselbe Gesichtspunkt zur Begründung eines Urtheils verwerthet werden könnte, dass auf Grund desselben Thatbestandes dieselbe Entscheidung fällt, welche gefällt werden müsste, wenn Verjährung vorhanden wäre, und dass trotzdem keine Verjährung vorläge.

Der wirkliche Sachverhalt ist meines Erachtens der, dass die gesetzlichen Verjährungsfristen für eine ganze Reihe von Rechtsverhältnissen viel zu lange sind und dass sie insbesondere in den oben erörterten Fällen der Sachlage gar nicht entsprechen. Ohne auf die ff. 26 de prob. cit. und 69 de iure dot. cit. näher einzugehen, von denen das erstere möglicherweise nicht hierher gehört und das zweite nicht ganz klar ist, will ich blos mit Bezug auf das fr. 17 § 1 cit. bemerken, dass selbst die dreissigjährige Verjährung, die übrigens zur Zeit des Reskripts noch gar nicht existirte, für die Zinsenforderung eine ganz

unangemessene ⁴⁵⁾ ist: verjährt doch dieselbe im modernen Rechte schon in viel kürzerer Zeit.⁴⁶⁾ Die dreissigjährige Verjährungsfrist mag ferner für Forderungen aus synallagmatischen Verträgen immerhin angemessen sein, wenn ein Theil den Vertrag bereits erfüllt hatte, bei synallagmatischen Verträgen aber, die noch von keiner Seite erfüllt worden sind, ferner bei präparatorischen Verträgen (Vorverträgen, Punktationen), besteht ein dringendes und von der Gesetzgebung noch nicht befriedigtes Bedürfniss nach einer kürzeren Verjährungsfrist; solche Verträge sollten, wenn ein Immobile ihren Gegenstand bildet, höchstens in drei Jahren, sonst aber höchstens in sechs Monaten verjähren. Der Richter, bei dem eine Klage aus einem solchen Vertrage nach zehn oder fünfzehn Jahren eingebracht wird, sträubt sich mit aller Kraft, derselben stattzugeben, er weist sie ab, in Ermangelung einer besseren Begründung, indem er einen Verzicht fingirt. Die Idee der Verjährung bricht sich eben Bahn, ob sie vom Gesetze anerkannt ist oder nicht und es bestätigt sich das Wort Windscheid's, der davor warnte, die Verjährung aus der Rechtstheorie auszuweisen: „Man sollte dies schon deswegen nicht thun“, beantwortet er die Frage, „weil dieser Begriff im Leben vorhanden ist, und also immer wieder sich eindringen wird — wenn er nicht geregelt wird, ungeregelt“.⁴⁷⁾ Man führe entsprechende Verjährungsfristen ein und stillschweigende Verzichte dieser Art werden sofort aus richterlichen Urtheilen verschwinden.

Allerdings unterscheiden sich diese Fälle in einem Punkte von anerkannten Verjährungsfällen, nämlich darin, dass von einer festen Verjährungsfrist, die zu den hervorstechendsten Merkmalen gesetzlicher Verjährung gehört, nirgends die Rede ist. Aber der Grund dieser Erscheinung liegt gerade darin, dass wir es hier nicht mit einer gesetzlich geregelten Verjährung zu thun haben, sondern mit einer, die erst nach Anerkennung ringt, die sich noch Bahn brechen muss. Schon Savigny hat in charakteristischer Weise die Bestimmung

⁴⁵⁾ Vergl. Hartmann, Arch. f. civ. Pr. LXXII, S. 205.

⁴⁶⁾ Art. 2277 C.N. § 1480 österr. B.G.B. preussisches Gesetz vom 31. März 1838.

⁴⁷⁾ Windscheid § 105, ähnlich Note 6; vergl. auch Krainz-Pfaff S. 48; ferner Demelius, Untersuchungen S. 87; Unterholzner-Schirmer; Verjährungslehre S. 89; verschieden davon sind die oben S. 17 ff. besprochenen Fälle, wo es sich schon aus der Willensinterpretation ergibt, dass der Vertrag nach der Absicht der Parteien nicht mehr erfüllt werden kann. In jenem Falle können beispielsweise zweifellos Nebenverbindlichkeiten von nichtsäumigen Parteien geltend gemacht werden.

fester Verjährungsfristen als eine ureigenste Aufgabe der Gesetzgebung bezeichnet.⁴⁸⁾ Auch anderwärts fehlt es nicht an derartigen Aeusserungen.⁴⁹⁾ Wenn nun auch dem nicht unbedingt zugestimmt werden kann, so ist es dennoch klar, dass feste Verjährungsfristen etwas Willkürliches an sich haben, das kaum je ohne jeden Anknüpfungspunkt durch ein selbstthätiges Gewohnheitsrecht sich entwickelt haben dürfte, sondern in der Regel ein Gebilde der Menschenhand ist. So haben an Stelle der arbiträren des fr. 17 § 1 de usur. 22. 1 alle modernen Gesetzbücher feste Verjährungsfristen eingeführt.

Der Richter, welcher einem inneren Drange (der opinio necessitatis) nachgebend, so entscheidet, wie er nur entscheiden dürfte, wenn auf diesen Fall eine Rechtsnorm bestimmten Inhalts anwendbar wäre, hat diese Rechtsnorm als neues Gewohnheitsrecht schon zur Anwendung gebracht gleichviel ob er sich dessen bewusst ist, — er hat einen neuen Rechtssatz anerkannt, gleichviel ob er sich Mühe giebt, seine Entscheidung als im bisher als geltend anerkannten Rechte begründet hinzustellen.

Auch für die Anfechtung relativ nichtiger oder sonst anfechtbarer Geschäfte ist eine kurze Verjährungsfrist ein allgemein gefühltes, hie und da sogar schon befriedigtes Bedürfniss: das Justinianische Recht gestattet die Anfechtung einer wegen Minderjährigkeit nichtigen Veräußerung bloß fünf Jahre hindurch nach erreichter Grossjährigkeit,⁵⁰⁾ die restitutio in integrum kann nach vier Jahren nicht mehr verlangt werden⁵¹⁾, nach dem Code Napoleon verjähren Nichtigkeitsklagen und der Anspruch auf Wiedereinsetzung in zehn Jahren,⁵²⁾ während das österr. bürgerl. Gesetzbuch Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen im allgemeinen auf drei Jahre einschränkt.⁵³⁾ Wenn nun zwei Entscheidungen des Wiener Obersten Gerichtshofs annehmen, dass die während der Minderjährigkeit stattgefundene bücherliche Eintragung genehmigt wurde, weil sie nach erreichter Volljährigkeit mehrere Jahre hindurch nicht angefochten worden ist,⁵⁴⁾ so

⁴⁸⁾ Der Beruf unserer Zeit, 1814. S. 17; vergl. auch Adler, Lagerhausr. S. 143.

⁴⁹⁾ Demelius, Untersuchungen S. 24.

⁵⁰⁾ C. 3 si maior factus 5. 74.

⁵¹⁾ C. 7 de temp. i. r. 2. 53 (früher annus utilis).

⁵²⁾ Art. 1304 C.N.

⁵³⁾ § 1486 B.G.B.

⁵⁴⁾ G.U. IX, 4131 (1871); XXI, 9351 (1883); begründet wurde die Entscheidung auch durch Anführung des Hofdekretes vom 9. August 1831, J.G. S. 1488, das jedoch mit diesen Fällen in gar keinem Zusammenhange steht.

handelt es sich hier offenbar nur um eine Abkürzung der Verjährungsfrist für die Anfechtung solcher Eintragungen: ein Grundbuchsakt ist, falls die Rekursfrist abgelaufen ist, selbst im Falle der Handlungsunfähigkeit des Kontrahenten nach österreichischem Rechte nicht nichtig, sondern nur anfechtbar;⁵⁵⁾ es schien aber unbillig, dass hier die Anfechtungsfrist in Ermangelung einer gesetzlichen Bestimmung ins Ungemessene dauere, während für andere Fälle der Anfechtbarkeit bereits die angemessene dreijährige Frist für die Anfechtung besteht. Auch hier ist also die Konvaleszenz des Rechtsgeschäfts nicht Folge des Stillschweigens und einer darin liegenden Erklärung,⁵⁶⁾ sondern sie wird angenommen, um dem praktischen Bedürfniss einer kurzen Anfechtungsfrist zu genügen.

Zum Schlusse soll noch angeführt werden, dass mehreren Entscheidungen ein ganz analoger Sachverhalt zu Grunde liegt, der nur insofern anders beschaffen ist, als ein Theil an den andern während der Unthätigkeit desselben eine Rücktrittsanzeige erstattet hatte. Auf die Natur des Verhältnisses ist diese Rücktrittsanzeige offenbar ohne Einfluss, denn nicht diese, sondern das Stillschweigen des Empfängers derselben, die Nichtgeltendmachung der Rechte aus dem Vertrage, sind das entscheidende Moment. Aber um so leichter wird man sich, bei Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen der Verjährung, zur Annahme eines stillschweigenden Verzichts entschliessen und sich eventuell mit einer kürzeren Frist begnügen. Daher ist nachstehende Entscheidung von diesem Gesichtspunkte aufzufassen: Eine österreichische Fabrik verständigte ihren Mitkontrahenten, dass sie die bei ihr bestellten Waffen, welche im Auslande zu liefern waren, wegen des inzwischen erlassenen Waffenausfuhrverbotes nicht zu liefern vermöge, und den Vertrag daher als aufgelöst betrachte. Obwohl diese Auffassung nicht richtig war, da der Käufer einen Ort im Inlande als Erfüllungsort bezeichnen konnte, so wird doch darin, dass derselbe erst nach acht Monaten auf der Erfüllung bestand, eine Akzeption der Rücktrittserklärung erblickt. „Der Käufer hätte auf Erfüllung bestehen müssen innerhalb einer Frist, welche entweder das Gesetz oder der Gebrauch zwischen Geschäftsleuten festsetzt . . ., zumal der Verkäufer zu dem Glauben berechtigt angesehen werden muss, dass es im Interesse des Käufers gelegen sei,

⁵⁵⁾ Exner, Hypothekenrecht S. 95.

⁵⁶⁾ Vergl. Seuffert, Ratihabition S. 140.

da die Waffen nicht nach dem Auslande versendet werden dürfen, das Verkaufsgeschäft als aufgelöst anzusehen.“⁵⁷⁾ In einem vom Reichsoberhandelsgericht entschiedenen Falle hatte der Kontrahent, der zur Lieferung eines Waggon's Steinkohlen täglich verpflichtet war, nachdem er vor Ablauf des Vertrages drei Monate hindurch nichts geliefert hatte, erklärt, er sei nicht mehr in der Lage, etwas zu liefern. Anderthalb Monate später forderte er jedoch den andern Theil auf, Verladungsordre zu geben. Er erhielt die Antwort, dass vom Vertrage nunmehr abgegangen werde, und das Reichsoberhandelsgericht fand diese Erklärung begründet, indem es in Betracht zog, „dass der Theil, welcher berechtigt war, Kohlenlieferungen zu fordern, nicht nur die besagte Erklärung stillschweigend annahm ohne irgendwie zu reklamiren oder Ansprüche wegen Nichterfüllung oder verzögerter Erfüllung zu erheben oder vorzubehalten, sondern, was hauptsächlich in Betracht kommt, dass er auch später während eines längeren Zeitraumes nicht das Geringste äusserte oder that, was darauf schliessen liess, dass er den Vertrag noch als wirksam betrachtete, dass er daher mit der Aufhebung des Vertrages vollkommen einverstanden war und der andere Theil dies aus seinem Verhalten entnehmen musste.“⁵⁸⁾

III. Bei jedem hinkenden Geschäft, — und darunter ist wohl nicht blos der mit einem Minderjährigen abgeschlossene, sondern überhaupt jeder Vertrag, bei dem aus was immer für einem Grunde das obligatorische Band auf das Belieben eines Theiles gestellt erscheint, zu verstehen — ist der verpflichtete Theil in eine recht peinliche Situation versetzt, wenn der Mitkontrahent die Ausübung seines Wahlrechts: abzulehnen oder genehm zu halten, ins Ungemessene verzögert.⁵⁹⁾

Wie sehr es aber nothwendig ist, für die Ausübung des Wahlrechts (Rücktrittsrechts) eine Frist zu setzen, zeigt die Begründung der nachstehenden Entscheidung, welche, es ist nicht überflüssig dies zu betonen, vom konservativen Berliner Obertribunal gefällt wurde: Der Vermiether einer Wohnung hat sich für den Fall nicht rechtzeitiger Zinszahlung das Rücktrittsrecht vorbehalten, machte jedoch erst vier Monate nach dem Fälligkeitstermine davon Gebrauch. Das Obertribunal entschied: „eine

⁵⁷⁾ G.U. IV, 1978 (1864).

⁵⁸⁾ R.O.H.G. XIV, 393 (1874).

⁵⁹⁾ Vergl. auch Grawein; Verjährung S. 94; Demelius, Untersuchungen S. 45.

stillschweigende Erklärung, den Miethvertrag fortsetzen zu wollen, muss dann schon als vorhanden angenommen werden, wenn der Wille, den Vertrag aufzuheben, nicht innerhalb eines Zeitraums geäußert wird, der nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge ausreicht, die Kundgebung an den Miether zu übermitteln; es würde mit der Rücksicht auf Treu und Glauben, welche auf dem Gebiete des Vertrages auch nach unserem Rechte genügende Beachtung findet, unvereinbar sein, wollte man dem Vermiether im Falle der in Rede stehenden Stipulation das Recht zugestehen, über einen zur Ausübung seines Wahlrechts genügenden Zeitraum hinaus einen Zustand in Schweben zu erhalten, der den Miether in steter Furcht vor dem Eintritte eines nicht unerheblichen Vermögensnachtheils belässt, ohne die Möglichkeit, dagegen in irgend einer Weise Vorsorge zu treffen.^{59a)}

Es entspricht daher unter allen Umständen der natürlichen Billigkeit, dem Mitkontrahenten des Wahlberechtigten irgend ein Mittel zu geben, wie er den letztern zur Entscheidung nöthigen könnte. Demgemäss hat denn auch die Rechtssprechung und das positive Recht vielfach festgestellt, der Wahlberechtigte sei verpflichtet, sich auf eine Anfrage des unbedingt Verpflichteten zu äussern: thut er dies nicht, so gelte sein Stillschweigen als Erklärung. Aber selbst wo eine solche Anfrage nicht stattgefunden hat, schien es viel zu hart, das Wahlrecht zu perpetuiren: auch dann ist man geneigt, in dem Stillschweigen eine Erklärung zu erblicken. Ob aber das Stillschweigen eine Genehmigung oder eine Zurückweisung enthalte, das hängt wesentlich davon ab, ob der Vertrag schon erfüllt war oder nicht. Im erstern Falle betrachtet man in der Regel das Stillschweigen als eine Genehmigung, im letztern als eine Zurückweisung.

Schon in den Quellen wird entschieden, dass das vereinbarte Recht des Rücktritts von einem Vertrag innerhalb einer 60tägigen Frist ausgeübt werden müsse,⁶⁰⁾ und selbst von jenen, welche diesen Rechtssatz leugnen, wird zugegeben, dass der Mitkontrahent des Rücktritts-

^{59a)} Striethorst XC, 88 (1874).

⁶⁰⁾ So die herrschende Meinung mit Rücksicht auf fr. 31, § 22 de aed. ed. 21. 1, wohl mit Recht. Ich halte namentlich auch den Schluss aus dem letzten Satze der Stelle für entscheidend: diesen bloss auf den Fall der vereinbarten Redhibition zu beschränken, ist unzulässig. Dieselbe Entscheidung muss offenbar auch dann gelten, wenn ein Rücktrittsrecht ohne Bezugnahme auf die Regeln über die Redhibition vereinbart war. Auch ist zu berücksichtigen, dass die 60jährige Frist bei der redhibitoria nur in einem besonderen Falle vorkam.

berechtigten die Ausübung des Rücktrittsrechts binnen einer durch den Richter zu bestimmenden billigen Frist verlangen, und wenn diese nicht erfolgt, auf die Vollziehung des Vertrages bestehen kann.⁶¹⁾

Dieselben Grundsätze kommen der Doktrin zufolge nach römischem Recht auch beim Kauf auf Probe zur Anwendung: es mag im übrigen die Billigung als aufschiebende oder die Missbilligung als auflösende Bedingung gewollt sein. Billigung im ersten, Missbilligung im zweiten Falle müssen rechtzeitig erfolgen, sonst gelten sie als nicht geschehen. Rechtzeitig sind sie, wenn sie innerhalb der im Vertrage vorgeschriebenen Zeit erfolgen, binnen ortsüblicher Frist, oder wenn eine solche nicht besteht, sobald als möglich. So argumentirt Windscheid auf Grund der präsuntiven Willensmeinung der Parteien.⁶²⁾

Im modernen Rechte ist von den hierher gehörigen Fällen zunächst der Kauf auf Probe, d. i. der Kauf mit einem auf Belieben des Käufers gestellten, gesetzlich geregelten Rücktrittsrechte von grösserer praktischer Wichtigkeit. Auch hier kommen, wie die Doktrin annimmt, im Allgemeinen jene Grundsätze zur Anwendung, welche soeben dargelegt wurden, und man unterscheidet, ob die Bedingung des Rücktritts als Resolutiv- oder als Suspensivbedingung gemeint war. In ersterem Falle soll das Schweigen auf die vom Verkäufer ausgegangene Aufforderung eine Genehmigung, im letzteren eine Missbilligung sein.⁶³⁾ Die Gesetzgebung und Rechtsprechung hält sich jedoch an eine ganz andere Unterscheidung, sie fragt in erster Linie darnach, ob der Gegenstand zur Probe übergeben wurde oder nicht: im ersteren Falle soll Stillschweigen Genehmigung, im letztern Zurückweisung der Waare sein.⁶⁴⁾ Wenn es auch zweifelhaft bleiben muss, wie sich die Quellen zu dieser Frage stellen, so hat die Unterscheidung in der modernen Gesetzgebung vielfach Ausdruck gefunden. So namentlich im preussischen Landrechte,⁶⁵⁾ welches in sämtlichen den Kauf auf Probe behandelnden Paragra-

⁶¹⁾ Vergl. Windscheid § 323.

⁶²⁾ Windscheid § 387, Note 13.

⁶³⁾ Hofmann, Periculum beim Kaufe S. 96 ff.; Wendt, Reurecht S. 81 ff. Merkwürdigerweise zweifelt daran Windscheid § 387, Note 14, der dieselbe Frage beim Rücktrittsrechte ohne Bedenken bejaht. Bayr. O.G.H. VII, 97 (1877) = Seuffert XXXIV, 200.

⁶⁴⁾ Hofmann a. a. O. S. 96.

⁶⁵⁾ § 336, 337 Th. I, Tit. 11.

phen offenbar den Fall voraussetzt, dass die Sache dem Käufer übergeben worden ist,⁶⁶⁾ ebenso im österr. bürgerlichen Gesetzbuch.⁶⁷⁾ Auch in der französischen Rechtsprechung und Literatur herrscht diese Auffassung vor.⁶⁸⁾ Wo immer also vorausgesetzt wird, dass die Sache übergeben worden, gilt das Stillschweigen des Käufers über die vereinbarte⁶⁹⁾ oder vom Richter⁷⁰⁾ bestimmte Frist als Genehmigung der Waare. Mit dürren Worten wird dieser Grundsatz ausgesprochen im Handelsgesetzbuche: Ist die Waare nicht übergeben, so hört der Verkäufer auf, an den perfekten Kauf gebunden zu sein, wenn sie der Käufer bis zum Ablauf der verabredeten oder ortsüblichen Frist nicht genehmigt, oder wenn eine Frist weder verabredet noch ortsüblich ist, falls der Käufer nach Ablauf einer den Umständen angemessenen Zeit vom Verkäufer zur Erklärung aufgefordert, sich nicht sofort auf die Aufforderung erklärt. Ist aber die Waare bereits übergeben, so gilt das Stillschweigen des Käufers bis nach Ablauf der Frist oder auf die Aufforderung als Genehmigung.⁷¹⁾ — Aber auch wenn die Probezeit weder vertragsmässig noch gesetzlich bestimmt ist, muss angenommen werden, dass der Käufer, welcher die übergebene Sache längere Zeit hindurch (z. B. mehrere Jahre) behalten hat, ohne sie zu bemängeln, dieselben genehmigt habe.⁷²⁾ Das österr. bürgerl. Gesetzbuch setzt eine solche Frist bei beweglichen Sachen auf drei Tage, bei unbeweglichen auf ein Jahr fest.⁷³⁾

⁶⁶⁾ § 333 „auf die Probe gegeben werden“, § 334, „nachdem er die Sache wirklich in Besitz genommen“, § 336 „ob er die Sache behalten wolle“, § 338 „noch auf der Probe hat“, § 339 „der auf die Probe erhaltenen Sache“; so auch Goldschmidt in seiner Zeitschrift I, S. 408.

⁶⁷⁾ § 1080 B.G.B. Auch dieser Paragraph setzt die Uebergabe der Sache voraus; so auch Goldschmidt in seiner Zeitschrift I, S. 419.

⁶⁸⁾ Vergl. über diese Frage Goldschmidt in seiner Zeitschrift Bd. I, S. 408, 420; Fitting in der Goldschmidt'schen Zeitschrift S. 112, Note 38 setzt ebenfalls Uebergabe der Waare voraus. Bechmann, der Kauf II, S. 250, Note 2 verlangt, dass der Käufer, welcher die Sache nicht zurückgibt, den Mangel der Absicht sie zu behalten beweise, steht also wohl praktisch auf dem die Frage bejahenden Standpunkte.

⁶⁹⁾ § 336, I, 11 P.L.R. § 1082 österr. B.G.B.: bei Mobilien drei Tage, bei Immobilien ein Jahr.

⁷⁰⁾ § 337, I, 11 P.L.R.

⁷¹⁾ Art. 339 H.G.B.; vergl. Seuffert XXXV, 150 R.O.H.G. 1879; XXXIX, 196 O.L.G. 1885 bezieht sich auf einen resolutiv bedingten Kauf auf Probe.

⁷²⁾ Vergl. Sächs. XXV, 225 (1862).

⁷³⁾ § 1082 B.G.B.

Ferner gehören hierher jene Fälle, in welchen die Verbindlichkeit eines Vertrages von der Zustimmung eines Dritten abhängt. Hier macht sich das Bedürfniss dringend geltend, der gebundenen Partei ein Mittel an die Hand zu geben, den Dritten zu einer Erklärung nöthigen zu können. Die Quellen, Litteratur, die modernen Gesetzbücher und die Rechtsprechung haben zu den hierdurch veranlassten Fragen vielfach Stellung genommen.

Der wichtigste hierher gehörige Fall ist der der Geschäfte, die von einem Handlungsfähigen mit einem Handlungsunfähigen abgeschlossen werden. Nach römischem Rechte sind Wahnsinnige und Kinder absolut handlungsunfähig, die von ihnen abgeschlossenen Geschäfte können daher nicht konvalidiren, so dass für die hier erörterte Frage nur Raum bleibt bei Geschäften mit Geschlechtunreifen, Minderjährigen und Verschwendern, die bekanntlich eine Verpflichtung nur für den volljährigen Theil erzeugen, den der Minderjährige aber nur dann zur Leistung zwingen kann, wenn er seinerseits zur Leistung bereit ist, da ihm sonst die *exceptio non adimpleti contractus* entgegensteht. Dasselbe war auch in gewissen Fällen bei dem mit einem mündigen Minderjährigen abgeschlossenen Geschäfte der Fall. In der Regel war aber das mit einem mündigen Minderjährigen abgeschlossene Geschäft gültig, doch konnte der Minderjährige restituirt werden.⁷⁴⁾ Ferner erzeugte das von einem Haussohn aufgenommene Darlehen für ihn nur eine natürliche Verbindlichkeit. Dem römischen System am nächsten steht das des Code Napoleon: das mit einem Minderjährigen, welcher zu den Jahren der Unterscheidung gekommen ist, abgeschlossene Geschäft ist an sich gültig aber anfechtbar im Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wenn der Minderjährige nachweist, dass er durch das Geschäft geschädigt wurde;⁷⁵⁾ dass von einer verheiratheten Frau ohne Autorisation des Gatten abgeschlossene Geschäft ist ebenfalls nicht nichtig, sondern anfechtbar, ohne dass jedoch der Mitkontrahent die Anfechtbarkeit geltend machen dürfte. Das Recht einen anfechtbaren oder nichtigen Vertrag anzufechten, verjährt in allen diesen Fällen, ebenso wie sonst, nach zehn Jahren.⁷⁶⁾

⁷⁴⁾ Windscheid I, § 71; Köppen in Jhering's Jahrb. XI, S. 345.

⁷⁵⁾ Art. 1125, 1305, 1311 C.N. So die herrschende Lehre; vergl. Zachariae II, § 335 b. Note 4, dagegen Puchelt ibid. In der Praxis ist die herrschende Lehre durchgedrungen.

⁷⁶⁾ Art. 1304 C.N. Nach Ablauf dieser Zeit kann auf die Nichtigkeit nicht bloß keine Klage, sondern auch keine Einrede gegründet werden.

Nach preussischem Landrechte hängt die Giltigkeit des von einem Minderjährigen oder Verschwender ohne Genehmigung eingegangenen Vertrages von der vormundschaftlichen Genehmigung ab; der Mitkontrahent ist aber gebunden, bis die Genehmigung ertheilt oder verweigert ist.⁷⁷⁾ Diese Grundsätze sind auf alle hinkenden Verträge anwendbar.⁷⁸⁾ Das österr. bürgerl. Gesetzbuch hat diese Bestimmungen hinübergenommen.⁷⁹⁾

Welche Mittel hat nun der gebundene Theil in allen diesen Fällen, um aus seiner unsichern Lage herauszukommen, den andern zu einer Erklärung zu zwingen?⁸⁰⁾ Die Quellen lassen die Frage, was das mit einem unmündigen Minderjährigen abgeschlossene Geschäft betrifft, offen. Dagegen kann der mündige Minderjährige von demjenigen, der mit ihm ein Geschäft abschloss darauf geklagt werden, dass er es entweder genehm halte oder zurückweise⁸¹⁾ und in Betreff des dem Haussohn gegebenen Darlehns entscheiden sie, dass der Vater, welcher von demselben die Mittheilung erhält, sofort dagegen Verwahrung einlegen muss, da sonst das *Senatusconsultum Macedonianum* keine Anwendung findet.⁸²⁾ Die von einem Haussohn eingegangene Ehe wird vom Hausvater genehmigt, wenn er ihr nicht widerspricht, sobald er von ihr erfährt.⁸³⁾ Mit Rücksicht auf die erste Quellenentscheidung ist wohl zweifellos, dass man ganz im Sinne der Quellen dem gebundenen Theile ganz allgemein mindestens das Recht einräumen muss, auch den Vormund zu klagen *ut aut stetur emptioni aut discedatur*.⁸⁴⁾

⁷⁷⁾ § 11, 12 A.L.R. I, 5.

⁷⁸⁾ Dernburg § 74.

⁷⁹⁾ § 865 B.G.B. Dieselbe Bestimmungen enthalten auch die Konkursordnungen über die Ausübung des Wahlrechts des Konkursmassenverwalters in Betreff des Eintritts in zweiseitige, von keiner Seite erfüllte Verträge. § 15, Abs. 2 R. Conc.-O. § 22c österr. Conc.-O.

⁸⁰⁾ Hierüber Dernburg, Vormundschaftsr. S. 106.

⁸¹⁾ Fr. 13, § 28 de A.E.V. 19. 1, im konkreten Falle mit der a. venditi.

⁸²⁾ Fr. 16, 17 de S.C. Mac. 14, 6. Zu der von Mandry, Familiengüterrecht versuchten einschränkenden Interpretation scheint mir jeder Anlass zu fehlen; vergl. auch fr. 25 pr. de adopt. 1. 7. Das fr. 12 de S.C. Mac. 14. 6 kann sich nur auf den Fall beziehen, wo der abwesende Vater, nachdem er vom Darlehen erfährt, sich dagegen nicht verwahrt; denn die Anwesenheit des Vaters bei der Hingabe des Darlehens setzt es nicht voraus, und dass etwa das Wissen des Vaters von der Absicht eines Dritten ein Darlehen dem Sohne zu geben, bedeutungslos wäre, scheint mir klar zu sein.

⁸³⁾ C. 5 de nuptiis 5. 4.

⁸⁴⁾ Ebenso Köppen in Jhering's Jahrb. XI, S. 354; Wendt, Reurecht II, S. 83.

Der Code Napoléon giebt dem durch das mit einem Minderjährigen abgeschlossene Geschäft gebundenen Theile gar kein Mittel an die Hand, die Entscheidung herbeizuführen. Derselbe muss während der ganzen mehrjährigen Verjährungsfrist die Anfechtung des Geschäftes gewärtigen. Diese Härte wird nur in geringem Maasse dadurch gemildert, dass die Anfechtbarkeit eine relative ist, und dass der Erfolg der Anfechtung von dem Nachweis einer Schädigung des Minderjährigen abhängt. Die französische Praxis hat bisher nur in einem speziellen Falle Gelegenheit gehabt, zu diesem Problem Stellung zu nehmen: im Falle der minderjährigen Schauspielerin. Hier wurde stets angenommen, darin, dass der Vormund oder die Eltern die Minderjährige auftreten liessen, ohne dagegen einzuschreiten, liege eine stillschweigende Genehmigung des Engagements und des Inhalts des Vertrages.⁸⁵⁾ Was die verheirathete Frau betrifft, so kann ein von dieser abgeschlossenes Geschäft den dritten Kontrahenten insofern in keine Ungewissheit versetzen, als die zu dessen Giltigkeit erforderliche Autorisation des Gatten nur entweder im Vorhinein schriftlich oder bei Vornahme des Aktes ertheilt werden kann.⁸⁶⁾ Die nachträgliche Genehmigung des Gatten allein hat keine rechtliche Wirkung.⁸⁷⁾ Die Genehmigung, die vom Gatten und der Gattin ertheilt wird, ist giltig, spielt aber in der Praxis eine geringe Rolle. Die Härten dieses Systems suchen die Franzosen zu mildern indem sie in exorbitantem Umfange eine nicht hieher gehörige (vergl. Vorrede) stillschweigende Autorisation (*induite du concours du mari*) annehmen.

Das preussische Landrecht gab dagegen dem Mitkontrahenten des Minderjährigen das Recht, dem Vorgesetzten des Minderjährigen eine angemessene Frist zur Erklärung über die Genehmigung oder deren Verweigerung zu setzen,⁸⁸⁾ welche Bestimmung übrigens auf alle hinkenden Verträge anzuwenden ist.⁸⁹⁾ Das preussische Gesetz über die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger hat die Frist auf zwei Wochen von der ergangenen Aufforderung Seitens des Mitkontrahenten

⁸⁵⁾ Dalloz 52, II, 10, Note 2; 64, III, 90 trib. de la Seine; Rep. gén. Vo. Théâtre No. 72.

⁸⁶⁾ Art. 217 C.N.

⁸⁷⁾ Dalloz: Rep. gén. Vo. Mariage No. 857, 858; ebenso 49, II, 13. So die Praxis und die herrschende Meinung, dagegen Zachariae § 472.

⁸⁸⁾ § 11, I, 5 P.L.R.

⁸⁹⁾ Dernburg § 74.

gestellt, wenn nicht anders vereinbart worden ist.⁹⁰⁾ Das österr. bürgerl. Gesetzbuch hat auch diesen Fall nach dem Vorgange des preussischen Landrechts normirt.⁹¹⁾

Dass aber der Vater und wohl auch der Vormund, der auf die Nachricht von einem das Kind (Mündel) betreffenden Geschäft lange Zeit Stillschweigen beobachtet, unter Umständen selbst dann das Recht verwirkt, das Geschäft anzufechten, wenn er zu einer Erklärung nicht aufgefordert worden ist, lehrt eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts, der zufolge der Vater den Lehrvertrag, den die Mutter des Kindes für dasselbe abgeschlossen hat, dadurch stillschweigend genehmigte, dass er, nachdem er etwa vierzehn Tage nach Beginn der Lehrzeit seines Sohnes von dem Vertragsverhältnisse Kenntniss erhalten hatte, seinen Sohn ungefähr 10 Monate in der Lehre liess; durch dieses Verhalten habe er offenbar bei dem anderen Kontrahenten „die Annahme erregt“, dass er mit dem Vertrage einverstanden sei. Es liege hier eine stillschweigende Willenserklärung durch Unterlassung vor.⁹²⁾

Bisher war von Verträgen die Rede, welche für den Kontrahenten nur dann wirksam waren, wenn sie von einem Dritten genehmigt wurden. Ein ähnliches Verhältniss liegt aber auch dort vor, wo die Verbindlichkeit eines Vertrages, der für einen Dritten wirksam werden soll, bis zur Genehmigung durch den Dritten in Schwebe bleibt.

Ein solcher Vertrag ist zunächst der in fremdem Namen von einem negotiorum gestor abgeschlossene. Nach römischem Rechte musste sich der Geschäftsherr innerhalb einer den Umständen angemessenen Frist darüber erklären, ob er das Geschäft genehmigt.⁹³⁾

⁹⁰⁾ Dernburg *ibid.*; ebenso Vormundschfts. 110.

⁹¹⁾ § 865 B.G.B.

⁹²⁾ R.O.H.G. XVII, 395 (1875). Zweifellos treten Verhältnisse, wie die hier erörterten, auch in anderen Fällen der Ungiltigkeit ein, und die Lösung dürfte ebenfalls von derselben Art sein. In der Regel erscheint allerdings hier die Erklärungsfrist nicht als Präklusivfrist, sondern als Verjährungsfrist. Man wird aber immerhin dem Mitkontrahenten des Anfechtungsberechtigten nicht verwehren können, den letzteren jederzeit zur Erklärung aufzufordern: das Stillschweigen auf die Aufforderung wird als Zustimmung aufzufassen sein (auch vor Ablauf der Frist) Seuffert, *Ratihabition* S. 40 ff.

⁹³⁾ Fr. 12, § 2 R.R.H. 46. 8; fr. 13 de sol. 46. 3; Seuffert, *Ratihabition* S. 40 ff.; Mitteis, *Stellvertretung* S. 218; Zimmermann, *Stellvertretende negotiorum gestio* S. 296.

Die verspätete Genehmigung war wirkungslos, wenn sich auch der Schuldner, der einem negotiorum gestor zahlte, wider den Geschäftsherrn, der böswilligerweise die Genehmigung verweigerte und auf Zahlung der Schuld klagte, mit der exceptio doli schützen konnte.⁹⁴⁾ Ueberdies hatte der Dritte, der mit einem negotiorum gestor einen Vertrag (im konkreten Falle einen Kauf) abgeschlossen hat, eine Klage, hier eine actio venditi, ut aut stetur emptioni aut discedatur.⁹⁵⁾

Gewissermaassen als negotiorum gestor kann auch der Gatte betrachtet werden, der Sachen, die ihm seine Frau geschenkt hat, der gemeinsamen Tochter als Mitgift bestellt: denn die Mutter hat ja an der Dotirung der Tochter ein unmittelbares sittliches, auch rechtlich anerkanntes Interesse.⁹⁶⁾ Ulpian entscheidet nun, die datio dotis sei trotz der Ungiltigkeit der Schenkung giltig, wenn die Frau die Dotirung duldete.⁹⁷⁾ Da die Frau aber, wie es sich aus dem Zusammenhange ergibt, bei der Bestellung der dos nicht zugegen war, so kann man unter pati nur das nachträgliche Stillschweigen verstehen. Dieses wird hier also als Genehmigung aufgefasst. Ohne Bezug auf diese Quellenstellen entschied das Reichsoberhandelsgericht, dass eine Genossenschaft, deren Funktionär mit Ueberschreitung seiner Vollmacht, einem mit ihr in Geschäftsverbindung stehenden Bankhause in ihrem Namen Aufträge zu Börsenspekulationen ertheilte, dieselben genehmigte, da sie mehrere Berichte des Bankhauses, aus denen diese Spekulationen zu entnehmen waren, nicht bemängelte.⁹⁸⁾

Auch das preussische Landrecht enthält entsprechende Bestimmungen. Es verpflichtet den dominus negotii, der von der Besorgung des Geschäftes noch vor dessen Vollendung Kenntniss erlangte, derselben sogleich nach erlangter Wissenschaft zu widersprechen, sonst gilt das Geschäft als genehmigt. Ebenso verpflichtet es denjenigen, für welchen ausdrücklich ein Bevollmächtigter „gegen die Vorschrift des Machtgebers“ oder auch eine Person, von der die Vermuthung der Bevollmächtigung gilt, also ein Verwandter, Miteigenthümer, Privatbeamte etc., ein Geschäft abschliesst, sich sofort auf die ihm vom Bevollmächtigten oder von Dritten vom Abschlusse des Geschäftes

⁹⁴⁾ Fr. 12 § 2, R.R.H. 46. 8; Seuffert, Ratihabition S. 30.

⁹⁵⁾ Fr. 13, § 27 de A.E.V. 19. 1.

⁹⁶⁾ C. 14 de iure dot. 5. 12.

⁹⁷⁾ Fr. 34 de don. i. v. et u. 24. 1.

⁹⁸⁾ Seuffert XXXIII, 255 R.O.H.G. 1877.

oder Ueberschreitung der Vollmacht gegebene Nachricht zu erklären, sonst wird er im ersten Falle dem Dritten für allen aus der Unterlassung entstandenen Schaden verantwortlich,⁹⁹⁾ im zweiten Falle wird er für einwilligend angenommen werden.¹⁰⁰⁾ Zu dieser Benachrichtigung sind die auf Grund vermutheter Vollmacht handelnden Personen gesetzlich verpflichtet¹⁰¹⁾ und können hiezu auch vom Dritten angehalten werden.¹⁰²⁾

A contrario muss angenommen werden, dass der Dritte in allen andern Fällen der stellvertretenden negotiorum gestio kein Mittel hat, um den Geschäftsherrn zu einer Erklärung zu zwingen. Dass sich jedoch die preussische Rechtsprechung nicht scheut, auch in diesem Falle der stellvertretenden negotiorum gestio im Stillschweigen Zustimmung zu erblicken, beweist folgende Entscheidung. Nach dem preussischen Landrechte hat der Vater eines unehelichen Kindes die Wahl, dasselbe fernerhin der Mutter zu überlassen — und in diesem Falle treffen ihn die Kosten — oder die Verpflegung und Erziehung selbst zu besorgen;¹⁰³⁾ er hat aber kein Recht zum Widerspruche, wenn die Mutter die Verpflegung und Erziehung des Kindes auf ihre Kosten übernehmen will.¹⁰⁴⁾ Nun forderte der Vater eines Kindes die Pflegerin, bei der es sich befand, auf, es ihm zu übergeben, und als sie ihm dies verweigerte, wollte er sich an die Mutter wenden, fragte daher nach ihrer Adresse; diese wollte ihm die Pflegerin nicht sagen, verständigte aber von dem ganzen Vorgange die Mutter, welche den Brief unbeantwortet liess. Allein dessen ungeachtet muss in ihrem „Stillschweigen eine ihrerseits erfolgte Billigung und Genehmigung der stattgefundenen Verweigerung gefunden werden, weil sie sich selbst sagen musste, dass, wenn es bei dieser Weigerung verbleibt, sie nicht weiter von dem Vater die Bezahlung von Alimenten für das Kind zu fordern herechtigt sei; und dass von ihr die Sache in dieser Weise aufgefasst und aufgenommen wurde, dass sie fortan vom Vater keine Alimente mehr fordern dürfe, dies ergibt sich daraus auf das Unzweideutigste, dass die Klägerin von dem Beklagten, welcher bis dahin die Alimente richtig

⁹⁹⁾ § 146, I, 13 P.L.R.

¹⁰⁰⁾ § 126, I, 13 P.L.R.

¹⁰¹⁾ § 125, I, 13 P.L.R.

¹⁰²⁾ § 126, I, 13 P.L.R.

¹⁰³⁾ § 622, II, 2 P.L.R.

¹⁰⁴⁾ § 623, II, 2 P.L.R.

an sie abgeführt hatte, seitdem, und zwar volle drei Jahre hindurch, die Zahlung von Alimenten gar nicht gefordert hat.“¹⁰⁵⁾

Das österr. bürgerl. Gesetzbuch und der Code Napoleon berühren die hier erörterten Fragen nicht. Nichtsdestoweniger wird dieser Grundsatz auch von der österreichischen und französischen Rechtsprechung festgehalten.¹⁰⁶⁾ So entschied der Pariser Kassationshof, dass derjenige, der auf die Mittheilung, seine Forderung sei zu Händen des Notars bezahlt worden, zehn Monate stillschwieg, bis der Notar zahlungsunfähig und flüchtig geworden ist, dadurch an den Tag legt, dass er es ist, *qui a fait confiance au notaire*, daher auch den Schaden tragen muss.¹⁰⁷⁾

Ebenso ging auch der Wiener Oberste Gerichtshof vor. Eine Fabriksfirma sandte einer Genossenschaft auf die Bestellung eines Beamten derselben, die im Namen der Genossenschaft erfolgte, mehrere Maschinen sammt der auf den Namen der Genossenschaft gestellten Faktura. Auf den Kaufpreis geklagt, bestritt die Genossenschaft den Empfang der Maschinen und der Faktura, sowie die Ermächtigung des Beamten zur Bestellung. Der Oberste Gerichtshof erklärte den letztern Umstand für irrelevant. „In der Zusendung der Faktura in dem vorliegenden Falle kann man nebst einer zunächst dem Interesse der beklagten Genossenschaft dienenden geschäftsfreundlichen Mittheilung nur den Ausdruck des Verlangens finden, darüber im Klaren zu bleiben, ob die geschlossenen Geschäfte innerhalb der dem Beamten ertheilten Vollmacht liegen, beziehungsweise ob sie die beklagte Genossenschaft genehmigen will. Die Annahme, dass der Gewaltgeber zulässigerweise beabsichtigen könne, den nicht nur im eigenen Interesse, sondern auch im Interesse des Gewaltgebers anfragenden Dritten über die Grenzen der Vollmacht des Gewalthabers im Unklaren zu lassen, widerspricht zu sehr der Natur der Sache, als dass man in dem Unterlassen jeder eine Ablehnung ausdrückenden Aeusserung etwas anderes als eine Genehmigung suchen könnte.“¹⁰⁸⁾

Auch sonst wird nicht selten die Zustimmung, von welcher die Wirksamkeit des Geschäfts dem Zustimmenden gegenüber abhängt, angenommen, wenn der Betreffende, nachdem er von dem Rechts-

¹⁰⁵⁾ Striethorst LXXXVIII, 201 (1873).

¹⁰⁶⁾ Dalloz, Rep. gén. Vo. Mandat. No. 408.

¹⁰⁷⁾ Dalloz 73, I, 104; ähnlich schon früher Dalloz 45, I, 324; 51, I, 93.

¹⁰⁸⁾ A.C. VIII, 1500 (1889).

geschäfte erfuhr, keine Erklärung abgab oder sich trotz der an ihn ergangenen Aufforderung nicht äusserte. So ist beispielsweise die Zustimmung des Agenten, welcher einen Kauf vermittelte und infolgedessen für die Solvenz des Käufers haftete, zu dem vom Verkäufer mit dem nachträglich insolvent gewordenen Käufer getroffenen Vergleiche erforderlich, falls er unbedingt, — ohne Rücksicht darauf, ob der Vergleich günstig ist oder nicht, — für den Ausfall verantwortlich gemacht werden soll. Das Reichsoberhandelsgericht entschied jedoch, der Agent habe den Ausgleich dadurch stillschweigend als günstig anerkannt, „dass er die Ankündigung des jetzigen klägerischen Sachführers, seine Mandanten würden den Akkord vermuthlich annehmen, unbeachtet liess, obwohl ausdrücklich hinzugefügt ist, dass der Kläger die Beklagten für den Ausfall verantwortlich machen würde:“ „der Beklagte,“ heisst es weiter, „würde sich sonst dem Vorwurfe des dolus aussetzen.“¹⁰⁹⁾

Endlich erwähne ich noch eines Falles, der sich von den bisher erörterten insofern unterscheidet, als das Zustimmungsrecht vertragsmässig vorbehalten war. Es handelte sich um die nach Inhalt des Miethvertrages erforderliche Zustimmung des Vermiethers zur Zession des Miethrechts. Da aber der Vermieter von der Zession des Miethrechts gewusst hat, so folgte daraus das damals noch französische A.G. Colmar: qu'il a approuvé formellement quoique tacitement la cession du bail.¹¹⁰⁾

Welchen Charakter haben diese Fälle? Die Quellen sprechen in allen oben erwähnten Stellen immer nur von einer, unter Umständen klagbaren, Verpflichtung zur sofortigen Erklärung. Ein Präjudiz statuiren sie nur in drei Fällen: gegen den Vater, der, nachdem er von dem seinem Sohne ausgezahlten Darlehn erfuhr, sich dagegen nicht verwahrte, den Verlust der exceptio SC. Macedoniani,¹¹¹⁾ gegen den dominus negotii, der sich nicht sofort, nachdem er von der zu seinen Gunsten an den Procurator geleisteten Zahlung erfuhr, dagegen verwahrte: dieser verliert das Recht, die Zahlung nachträglich zu genehmigen;¹¹²⁾ gegen denjenigen, der

¹⁰⁹⁾ R.O.H.G. XXII, 120 (1877).

¹¹⁰⁾ Dalloz 65, II, 32 Colmar 1864. Hieher gehört auch der oben, — Text zu Note 59a — erörterte Fall.

¹¹¹⁾ Fr. 12 de S.C. Mac. In demselben Sinne ist auch fr. 16 ibid. zu verstehen.

¹¹²⁾ Fr. 12 R.R.H. 46. 8.

sich das Redhibitionsrecht gewahrt hat, wenn ihm die Sache nicht gefallen sollte, wird als Präjudiz statuirt, die Verwirkung des Redhibitionsanspruchs nach Ablauf von 60 Tagen.¹¹³⁾ Im Falle einer Klage, die darauf gerichtet ist, *ut aut stetur emptioni aut discedatur* konnte sich die Kondemnation auf nichts anderes als auf das Interesse beziehen, das der Käufer an der Entscheidung hatte. Von einer stillschweigenden Zustimmung oder stillschweigenden Ablehnung der Zustimmung ist daher in den Quellen nirgends die Rede.

Ebensowenig sprechen die neuern Gesetzgebungen, welche in den obengenannten Fällen das Präjudiz feststellen, dass derjenige, der schweigt, als zustimmend oder ablehnend behandelt werde, je von einer stillschweigenden Willenserklärung, weder dort, wo sie eine Fristsetzung durch den Richter oder die Partei zulassen, noch auch dort, wo sie bestimmen, dass das Stillschweigen an sich als Zustimmung gelten solle. Es wird vielmehr theils von einer fingirten Zustimmung,¹¹⁴⁾ theils von einer Verpflichtung zur Genehmigung,¹¹⁵⁾ theils von der Verwirkung des Rechts zur Abgabe einer Erklärung als unmittelbare Folge der Versäumung der Frist zur Erklärung gesprochen¹¹⁶⁾ oder es wird im Gesetz überhaupt kein Präjudiz statuirt.¹¹⁷⁾

Nur in jenen Fällen, in welchen die Frage im Gesetze nicht geregelt ist, versucht die moderne Theorie und Rechtsprechung hie und da die Entscheidung auf die stillschweigende Willenserklärung zu gründen.¹¹⁸⁾ Es wäre jedoch schon an sich befremdend, dass eine Entscheidung, welche in dem einen Rechtssystem auf Grund einer positiven Rechtsvorschrift erfolgt, in dem andern auf eine stillschweigende Willenserklärung sich gründen, ja dass in demselben Rechtssystem die ganz analoge Entscheidung einmal auf die Vorschrift des Gesetzes, in einem anderen Falle aber auf einer Willensinterpretation beruhen sollte. Dieser Eindruck wird noch verstärkt,

¹¹³⁾ Fr. 31, § 22 de aedil. ed. 21. 1.

¹¹⁴⁾ § 127, Th. I, Tit. 13 P.L.R.

¹¹⁵⁾ § 247, I, 13 P.L.R.

¹¹⁶⁾ § 336, 337, I, 11 P.L.R., § 862, 1081, 1082 österr. B.G.B.

¹¹⁷⁾ § 13, I, 5 P.L.R.

¹¹⁸⁾ Striethorst LXXXVIII, 201 (1873); Busch XXXVI, 281 H.G. Hamburg 1875, R.O.H.G. XVII, 395 (1875); XXII, 120 (1877); Dalloz 52, II, 10, Note; 64, III, 90 trib. de la Seine, 65, II, 32 Colmar; 74, I, 104 (1872) Rep. gén. Vo. Théâtre No. 72. Ebenso Litteratur: vergl. die Ausdrucksweise bei Windscheid § 387, No. 14, nicht aber sonst ibid. Note 13 u. Text dazu.

wenn man berücksichtigt, dass sowohl die Quellen als auch alle oben erwähnten gesetzlichen Bestimmungen in ganz unzweideutiger Weise ausschliesslich von einer Frist zur Abgabe der Erklärung sprechen, die ortsüblich oder durch Gesetz, Parteiwillen oder Richter zu bestimmen sei; dass das preussische Landrecht sogar ausdrücklich auf die Bestimmungen über die für den Vertragsabschluss geltenden Fristen verweist. Dies alles zeugt dafür, dass es auch dort, wo in der Literatur und Rechtsprechung von einer stillschweigenden Willenserklärung die Rede ist, nur eine konstruktive Fiktion vorliegt, dass es sich aber in That und Wahrheit nur um eine aus Gründen der Billigkeit für eine Erklärung gesetzte Frist handelt.

Aber auch das ist klar, dass zur Annahme einer stillschweigenden Willenserklärung, also vor allem des Willens, eine Rechtswirkung zu begründen, und diesen Willen zum Ausdruck zu bringen genügende Anhaltspunkte in den Entscheidungen nicht angeführt werden und auch unerfindlich sind. Man muss vielmehr Wendt zustimmen, wenn er behauptet, dass der fruchtlose Ablauf der Frist in diesen Fällen nicht kraft Parteiwillens die Auflösung des Vertrages bewirkt, sondern der Grund derselben in einer Rechtsnorm zu suchen ist. „Die Willensinterpretation als solche reicht nicht dazu aus, denn aus dem Schweigen ist nichts zu entnehmen, es ist rechtlich indifferent, und weder als Ausdruck des Wollens noch des Nichtwollens zu deuten. Vielmehr müssen gesetzliche Kontumazialfolgen ergänzen, was der Wille selbst unbestimmt gelassen hat. Früher pflegte man dabei von einer fingierten Antwort zu sprechen. In Wahrheit handelt es sich um einen Rechtssatz, dass, wer sich der Antwort entzieht, eben deswegen sich eine bestimmte Behandlung gefallen lassen muss.“¹¹⁹⁾ Wir haben es hier mit einer gewohnheitsrechtlichen Fristbestimmung, mit gewohnheitsrechtlich geregelten Kontumazialfolgen zu thun.

IV. Endlich wird in der Rechtssprechung in ziemlich weitem Umfange das Stillschweigen desjenigen, der eine Rechnung empfangen hat, welche die Geschäftsverbindung des Ausstellers der Rechnung mit dem Empfänger derselben betrifft, als Genehmigung der Rechnung betrachtet. Die Praxis ist in Deutschland und Frankreich ziemlich verbreitet, sie beschränkt sich aber überall auf Fälle, wo der Aussteller der Rechnung ein Kaufmann ist, zwischen den

¹¹⁹⁾ Wendt, Reurecht S. 79.

Parteien ein förmliches Kontokorrentverhältniss oder eine Geschäftsverbindung verwandter Art besteht, welche in periodisch übersendeten Rechnungen ihren Abschluss findet.

Was speziell Deutschland betrifft, so hat in den sechziger Jahren noch das O.A.G. Lübeck in ziemlich verklausulirter Weise bemerkt, es sei eine nach allgemeinen Regeln von der Willenserklärung zu lösende Frage, ob eine ohne Vorbehalt angenommene Rechnung als anerkannt zu achten sei und das Schweigen auf die Zustellung der Rechnung bilde nur ein, je nach den begleitenden Umständen und der längeren oder kürzeren Zeitdauer verschieden anzuschlagendes faktisches Indizium dafür, welches sich auch z. B. bei öfterer Wiederholung des Stillschweigens zur vollen Gewissheit steigern könnte.¹²⁰⁾ Allein es darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass in diesem Rechtsstreite die erste Instanz, das Stadtgericht Frankfurt a. M., ganz allgemein angenommen hatte, dass in der Entgegennahme von Rechnungen ohne jedesmalige alsbaldige Reklamationen nach der in kaufmännischen Geschäften üblichen Ordnung und erforderlichen bona fides allerdings eine Genehmigung des Kontokorrents zu finden sei und dass das O.A.G. Lübeck offenbar nur unter dem Einflusse des Gutachtens der Juristenfakultät Jena die Entscheidung abgeändert hat. Aber auch das O.A.G. Dresden konnte in der Uebersendung des Kontoauszugs nichts als die einseitige Proposition erblicken, bis das Ergebniss nicht auch von der anderen Seite für konform gefunden und das Einverständniss erklärt wird, damit der nachmalige Saldoübertrag die neue Rechnung beginnen könne.¹²¹⁾ Auf dem nämlichen Standpunkte steht dasselbe Gericht noch in einer anderen Entscheidung. „Es würde der Angabe besonderer Umstände bedürfen, durch welche ein innerer Zusammenhang zwischen dem Stillschweigen und der daraus abgeleiteten Einwilligung hergestellt worden wäre, z. B., dass er zur speziellen Erklärung über die einzelne Post der Berechnung verpflichtet gewesen wäre, oder dass derselbe, wenn er sich überhaupt über die Rechnung erklärt, jede einzelne Post durchzugehen und sie entweder als richtig anzuerkennen oder als unrichtig zu bezeichnen gehabt hätte.“¹²²⁾

Anderwärts ging man dagegen mit weniger Aengstlichkeit vor. So zunächst in Baden. Nachdem schon früher der Appellationssenat

¹²⁰⁾ Kierulff I, 642 (1865) = Busch XVI, 195.

¹²¹⁾ Sächs. XXI, 426 (1861).

¹²²⁾ Sächs. XXXIV, 84 (1860).

Freiburg i. B. darin, dass eine Missbilligung des Kontoauszugs vor dem nächsten Saldoabschluss nicht erfolgte und sogar Abschlagszahlungen geleistet wurden, eine Genehmigung des Abschlusses fand¹²³⁾, entschied das O.H.G. Mannheim: „Es ist anerkannter Handelsgebrauch, dass derjenige, dem ein Kontokorrent nach dessen Abschluss zugesendet wird, verpflichtet ist, seine Ausstellungen binnen kurzer Frist dem anderen mitzutheilen, widrigenfalls, wenn die Geschäftsverbindung fortgesetzt, und keine Ausstellung gemacht wird, anzunehmen ist, die alte Rechnung sei gut geheissen.“¹²⁴⁾ Beide badischen Entscheidungen erachteten aber trotz ihres allgemeinen Wortlauts das Stillschweigen nicht an sich, sondern mit Rücksicht auf die Fortsetzung des Verkehrs und die Abschlagszahlungen als konkludent.

Erst eine Entscheidung des H.A.G. Nürnberg sieht von diesen Erfordernissen ab. „Der kaufmännische Verkehr“, heisst es in der Begründung derselben, „erfordert rasche Klarstellung aller Geschäftsbeziehungen, und soweit dieselben durch das Handelsgesetzbuch geregelt sind, liegt den bezüglichlichen Bestimmungen überall die Absicht zu Grunde, jedem Theil die baldmöglichste Gewissheit über seine Rechte und Verpflichtungen zu verschaffen Wenn deshalb die Beklagten auf die Zusendung des klägerischen Kontokorrentabschlusses, ungeachtet mehrfacher Mahnungen, ungeachtet der mit Leichtigkeit und ohne besondern Zeitaufwand möglichen Prüfung desselben und ungeachtet der inzwischen für sie nothwendig gewordenen Inventarerrichtung, dem Kläger über ein Jahr lang keine Erinnerung dagegen bekannt gaben, so liegt in dieser Unterlassung nach kaufmännischen Gesichtspunkten eine thatsächliche Anerkennung, eine faktische Billigung der klägerischen Ansprüche.“¹²⁵⁾ Diese Grundsätze hat nun auch das Reichsoberhandelsgericht in seiner Rechtssprechung konsequent anerkannt. Allerdings wirken fast in allen in Betracht kommenden Entscheidungen neben dem Stillschweigen, der Nichtmonirung des Korrespondenten, noch andere Momente mit, so die Bitte um Prolongation des Kredits, Abschlagszahlungen, die Fortsetzung des Geschäftsverkehrs mit demselben: Momente, die als ausdrückliche, dem anderen Theile gegenüber abgegebene Erklärungen erscheinen, in die immerhin implicite eine Genehmigung des Kontoauszuges

¹²³⁾ Busch XXI, 6 A.S. Freiburg 1868.

¹²⁴⁾ Busch XXV, 310 H.G. Mannheim 1871.

¹²⁵⁾ Busch XX, 318 Nürnberg 1868.

hinein- oder herausinterpretirt werden mag.¹²⁶⁾ Aber es findet sich in der offiziellen Sammlung eine Entscheidung, in welcher von diesen Voraussetzungen überhaupt keine Erwähnung geschieht¹²⁷⁾ und auch die Begründung aller anderen ist so gehalten, dass man kaum daran zweifeln kann, dass auf das langandauernde Stillschweigen das hauptsächlichste Gewicht gelegt worden ist, und dieses schon an sich als entscheidend gelten würde. Dem Reichsoberhandelsgerichte sind auch andere deutsche Gerichte gefolgt.¹²⁸⁾ Das Reichsoberhandelsgericht wendet diesen Grundsatz auf den Kontokorrentverkehr unter Nichtkaufleuten nicht an.¹²⁹⁾

Die französischen Gerichte entscheiden nach dem mir vorliegenden Materiale wohl in demselben Sinne. Das Appellationsgericht Bordeaux folgerte die Anerkennung des vom Banquier in dem Konto seines Kunden eingestellten Betrages für nicht voll eingezahlte Aktien daraus, que ce compte-courant est continué sans interruption après avoir été l'objet de régulièrement périodique et qu'il est impossible d'admettre que S. (der Kunde des Banquiers) en rapport journalier avec la société (um deren Aktien es sich handelte) pour les opérations d'escompte ait ignoré les conditions de son existence et de sa transformation et qu'il ait pu se tromper sur le caractère et la portée de son engagement qu'il a souscrit d'autant plus librement qu'il l'a acquitté en partie.¹³⁰⁾ Die Cour de Montpellier führte aus, dass die Geklagte den Saldo anerkannt habe, en recevant pendant huit années les états trimestriels de sa situation, dans lesquels la progression croissante de sa dette envers elle était chaque fois indiquée de la manière à frapper son intention. Der Kassationshof hob die Entscheidung blos deswegen auf, weil in den Konti wucherische Zinsen enthalten waren, welche keinen Gegenstand eines giltigen Vertrages zu bilden vermögen.¹³¹⁾ Auch ein Urtheil des trib. de commerce de

¹²⁶⁾ Vergl. oben S. 76 ff. namentlich R.O.H.G. II, 116 (1871), III, 426 (1872), XI, 275 (1873), XIII 214 (1874), XV, 273 (1874); Seuffert XXXVI, 60 R.G. 1880.

¹²⁷⁾ R.O.H.G. XIII, 45.

¹²⁸⁾ Seuffert XXXII, 95 A.G. Celle 1874; Sächs. XLV, Dresden 1877 (grundsätzlich); Puchelt XVI, 293 R.G. 1873; vergl. Seuffert XXIV, 23 Darmstadt 1868.

¹²⁹⁾ R.O.H.G. XIII, 439; dagegen XIV, 11; vielleicht auch Seuffert 94 R.G. 1886, wohl nur, weil es sich um Börsengeschäfte eines Nichtkaufmanns handelt. Ebenso Sächs. XLV (1877); Busch 301 Nürnberg 1868.

¹³⁰⁾ Dalloz 86, II, 68 Bordeaux 1884.

¹³¹⁾ Dalloz 76; I 386.

Mans, welches das Stillschweigen als verbindlich anerkannte, wurde von der Cour d'Angers nur deswegen aufgehoben, weil der Empfänger sich das Recht der nachträglichen Anfechtung sofort beim Empfange der Konti gewahrt hatte und in den Konti Zinseszinsen, also wucherische Zinsen enthalten waren. Im Prinzipie wird anerkannt, qu'une convention tacite peut resulter de l'acceptation des comptes.¹³²⁾

Ueber den Charakter dieser Praxis kann kaum ein Zweifel bestehen: ein Blick auf die Begründung der reichsoberhandelsgerichtlichen Entscheidungen genügt, um darüber vollständige Aufklärung zu verschaffen. Es handelt sich ausschliesslich darum, im Interesse „der Ordnung und der Sicherheit des kaufmännischen Verkehrs“ zur Beanstandung der periodischen Rechnungsabschlüsse, welche im Kontokorrentverkehre stehende Geschäftsleute einander zusenden, eine Präklusivfrist zu setzen und zwar mit der Wirkung, dass der Rechnungsabschluss nach Ablauf derselben nicht mehr beanstandet werden kann, also dieselbe Bedeutung hat, wie ein genehmigter Abschluss. Diese Präklusivfrist ist offenbar vom Reichsoberhandelsgericht als gewohnheitsrechtlich bestehend anerkannt worden.¹³³⁾ Ohne eine solche Präklusivfrist wäre in der That ein Kontokorrentverhältniss gar nicht möglich, denn dieses setzt ja nicht etwa blos periodische Abrechnung, sondern auch periodische Klarlegung des ganzen Verhältnisses voraus. Auf den Willen zu genehmigen, kommt es dabei selbstverständlich gar nicht an; keine einzige der reichsoberhandelsgerichtlichen Entscheidungen beschäftigt sich damit. Dass aber trotzdem die Verwirkung des Moniturrechts durch Ablauf der Präklusivfrist als „stillschweigende Genehmigung“ aufgefasst wird, kann Niemanden überraschen, der weiss, dass sich das Gewohnheitsrecht in erster Linie mit Hilfe falscher Konstruktionen den Weg ins geltende Recht bahnt. —

Das Ergebniss dieses Abschnitts ist, kurz zusammengefasst, dieses, dass man in allen besprochenen Fällen des Stillschweigens ganz mit Unrecht eine stillschweigende Willenserklärung erblickte. Das juristisch Wirksame in diesen Thatbeständen ist nicht die Willenserklärung, sondern eine gewohnheitsrechtliche Norm: die gewohnheitsrechtliche Verschweigung, Verjährung, Präklusivfrist. Wo

¹³²⁾ Dalloz 76, II, 216 C. d'Angers.

¹³³⁾ So auch Grünhut in Endemann's Handb. III, S. 954, trotzdem er das Schweigen als Willenserklärung konstruiert.

immer die Grundsätze, auf denen diese Entscheidungen basiren, sich zu einem festen, gesetzlich formulirten Rechtssatze krystallisirten, kam diese juristische Natur derselben zum Vorschein, und sie werden nicht mehr auf Willenserklärungen, sondern auf Bestimmungen des positiven Rechts zurückgeführt. Die Tendenz des Richters, für seine Entscheidung stets eine, wenn auch noch so sehr bei den Haaren herbeigezogene Begründung im geltenden Rechte zu suchen und die Unklarheit und Verschwommenheit, die stets die gewohnheitsrechtliche Entstehung einer neuen Norm begleitet, erklärt es, dass man hier überhaupt mit der „stillschweigenden Willenserklärung“, dem chameleontischsten aller Begriffe, operirt.¹³⁴⁾

III. Die Faktura.¹⁾

Die Faktura spielt im modernen Handelsverkehr eine ebenso bedeutende als mannigfache Rolle. Die verschiedenen Abarten derselben können jedoch hier nicht untersucht werden. Die Faktura der hier in Betracht kommenden Art ist ein Begleitschreiben, das vom Verkäufer der gelieferten Waare beigelegt wird: es kommt jedoch auch vor, dass sie im vorhinein geschickt wird und dem Käufer vor der Lieferung zukommt oder derselben nachfolgt. Sie enthält in erster Linie eine Rechnung über die gelieferte Waare, also die Angabe der Mengen und der Preise, ausserdem aber in der Regel

¹³⁴⁾ Selbst die Bestimmung des zweiten Satzes der C. 5 pr. de rec. arb. 2. 56 wird auf eine stillschweigende Willenserklärung bezogen. Dass es sich aber nur um Festsetzung einer zehntägigen Frist zur Anfechtung der Schiedssprüche dieser Art handelt, das ergibt sich schon aus dem Wortlaute der Stelle.

¹⁾ Dieses Kapitel der vorliegenden Schrift war bereits im Entwurfe fertig, als mir das Buch von Hanausek, Fakturen und Fakturaklauseln, zukam. Mit Rücksicht auf diese erschöpfende Arbeit sah ich mich veranlasst, den fertigen Aufsatz umzuarbeiten und namentlich die allgemeinen theoretischen Ausführungen gänzlich wegzulassen, da ich die einschlägigen Fragen, insofern sie die juristische Bedeutung des Verhaltens des Empfängers der Faktura betreffen, als durch das von Hanausek Ausgeführte erledigt betrachte. Ausdrücklich will ich noch bemerken, dass ich eine in einem älteren Aufsätze ausgesprochenen Ansicht gegenüber der Polemik Hanausek's (S. 78 ff.) zurückziehe. — Hier beschäftige ich mich nur mit Fragen, welche mit dem Gegenstande dieser Schrift in unmittelbarem Zusammenhange stehen.

den wesentlichen Inhalt des abgeschlossenen Vertrages.²⁾ Es ist jedoch sehr gebräuchlich, auch andere Mittheilungen in die Faktura aufzunehmen, z. B. über die gewählte Versendungsart, über die Qualität der Waare und oft auch Mittheilungen, die mit dem Geschäft, auf welches die Faktura sich bezieht, in gar keinem Zusammenhange stehen. Von diesen letzteren Mittheilungen sind die wichtigsten jene, welche Angaben über die Geschäftspraxis des Versenders enthalten und in stereotypen, meist vervielfältigten (gedruckten, lithographirten) Klauseln bestehen.

Wie aus dem Gesagten erhellt, ist die Faktura eine kaufmännische Korrespondenz, welche sich von andern kaufmännischen Korrespondenzen nur durch ihren Anlass (Lieferung von Waaren) und ihren essentiellen Inhalt (sie enthält unter anderm immer eine die Lieferung betreffende Rechnung) unterscheidet. An sich läge daher gar kein Grund vor, die Faktura zum Gegenstande besonderer juristischer Erörterungen zu machen, sie gleichsam als besonderes Rechtsinstitut zu behandeln. Jede in einer Faktura enthaltene Mittheilung muss an sich dieselbe Bedeutung haben, die sie hätte, wenn sie in einem Briefe enthalten wäre, und die Lehre von der Faktura sollte in der Lehre von der Willenserklärung (Vertragsabschluss unter Abwesenden, Interpretation etc.) enthalten sein. Demgemäss wurde beispielsweise entschieden, dass Verwahrungen in Betreff des Umfangs der Vollmacht des Reisenden, wenn sie in die Faktura aufgenommen werden, dieselbe Bedeutung haben, wie sonst eine an den Empfänger gerichtete Mittheilung,³⁾ ebenso die Bekanntmachung einer dem Verkäufer genehmen Zahlungsart.⁴⁾ Für solche Mittheilungen eignet sich daher eine Faktura ebenso gut, wie irgend ein anderes Schreiben.

Ferner kann nicht bezweifelt werden, dass derjenige, der unbestellte oder ohne Preisvereinbarung gekaufte Waare erhält, sich zur Bezahlung der fakturirten Preise verpflichtet, falls er die Waare durch wörtliche oder reale Willenserklärung annimmt. Es kommt dann durch wörtliche Willenserklärung oder Aneignung der angebotenen Leistung eine Preisvereinbarung zu Stande. „Das Behalten der mit Preisnote übersandten Waare lässt ebenso nach allgemeinen

²⁾ So Goldschmidt, Handb. 787; Hanausek S. 1; anders allerdings Fick, Arch. f. Wechsellr. VIII, S. 96.

³⁾ Busch XV, 417 A.G. Zwickau 1867; Dalloz 81, II, 86 Besançon.

⁴⁾ Busch IV, 358 Nürnberg 1864.

Grundsätzen (§ 98 sächs. B.G.B.), wie nach kaufmännischer Sitte (Art. 279 H.G.B.) der Regel nach eine andere Auffassung als die der faktischen Preisgenehmigung nicht zu.“⁵⁾ Die Entscheidungen würden nicht anders ausfallen können, wenn die Preise nicht in einer Faktura, sondern in einem gewöhnlichen Briefe mitgeteilt worden wären.

Wenn aber die Faktura unter den kaufmännischen Korrespondenzen eine besondere Stellung einnimmt, eine ganz besondere Beachtung gefunden hat und auch verdient, so verdankt sie es bloß einer gerichtlichen Praxis, welche sie eben anders behandelt, wie die sonstigen kaufmännischen Korrespondenzen. Diese Rechtsprechung legt den in den Fakturen enthaltenen Angaben eine erhöhte und jedenfalls eine grössere Bedeutung bei als sie denselben Angaben unter denselben Bedingungen beilegen würde, wenn sie in einem andern Schriftstücke enthalten wären: sie nimmt nämlich an, dass, insofern diese Klauseln Anträge auf Abänderung des ursprünglich abgeschlossenen Kaufvertrages enthalten, sie stillschweigend angenommen und dass, insofern sie Angaben über eine von der vereinbarten abweichende Erfüllung des Kaufvertrages enthalten, diese Erfüllung als stillschweigend genehmigt gelten müsse, wenn der Empfänger sich dagegen nicht rechtzeitig verwahrt.

Die bei weitem wichtigste dieser Fakturenklauseln bestimmt den Zahlungsort des Kaufpreises. Sie lautet verschieden: „zahlbar in X.“, „zahlbar hier“, „zahlbar bei mir“ und sonst in ähnlicher Weise; ihr Zweck ist aber weniger, den Zahlungsort des Kaufpreises anzugeben, als den Gerichtsstand des Vertrages zu begründen. Diese Klausel fehlt kaum je in einer österreichischen oder im Gebiete des französischen Rechts ausgestellten Faktura. Ausser dieser sind noch von Bedeutung Klauseln, welche die Reklamationsfrist wegen Mängel der Waare bestimmen („Reklamationen werden nur binnen acht Tagen angenommen“), und die Emballageklausel, wodurch dem Käufer die Verpflichtung auferlegt wird, die Emballage, in der die Waare geschickt wird, binnen einer bestimmten Frist zurückzustellen oder hierfür einen ihm vom Verkäufer vorgeschriebenen Preis zu bezahlen.

⁵⁾ R.O.H.G. III, 114 (1871) = Sächs. XXXVIII, 168; vergl. Busch XIII, 287 Eisenach 1867; XXVI, 376 R.O.H.G. 1872; XXVII, 85 Eisenach 1872; Bayr. Zeitschr. X, 358 Nürnberg 1863, XII, 222 Nürnberg 1865; Sächs. XXXI, 354 (1867); XLII, 226 (1874); A.C. II, 139 (1865); Ack. XVII, 252 A.G. Dresden 1866; XVII, 261 A.G. Dresden 1864; Gruchot XIX, 897 Wolfenbüttel 1866.

Was nun diese Klauseln betrifft, so geht eine konstante Praxis in Frankreich und Oesterreich, wenigstens in dem Falle, wenn die Waare nicht früher als die Faktura angekommen ist, dahin, dass dieselben für den Käufer verbindlich sind, wenn er sich nicht sofort nach dem Empfang der Faktura gegen die Klausel verwahrt.⁶⁾

Die deutsche Praxis schwankte dagegen längere Zeit. Die Wirksamkeit der den Zahlungsort bestimmenden Klausel wird hie und da in ältern Urtheilen anerkannt, namentlich von dem unter französischem Einflusse stehenden A. G. Köln.⁷⁾ Die Reklamationsklausel wurde meistens für unverbindlich erklärt.⁸⁾ Einige Bedeutung wird ihr aber immerhin vom Reichsoberhandelsgerichte beigegeben: „Wenn sie auch nicht ohne Weiteres die durch den Kaufabschluss begründete Rechtslage der Beklagten zu ihrem Nachtheile zu verändern vermag, enthält doch die Hervorhebung des Interesses, das der Käufer an der Beschleunigung etwaiger Reklamationen ausdrückt, eine Aufforderung an den Käufer zur strengeren Einhaltung der gesetzlichen Frist.“⁹⁾ Am günstigsten wurde in Deutschland stets die Emballegeklausel beurtheilt.¹⁰⁾

Aber nicht blos die Fakturenklauseln, die doch schliesslich nur *accidentalia negotii* betreffen, werden von einzelnen Gerichten als verbindlich behandelt, sondern jede Angabe der Faktura überhaupt, selbst wenn sie die Hauptpunkte des Vertrages betrifft, soll nach

⁶⁾ Betreffend die Klausel „zahlbar in X“ ist die österr. Rechtsprechung sehr sorgfältig zusammengestellt von Hanausek S. 9, Note 10 (mit Berücksichtigung der Begründung). — Französische Urtheile: Dalloz 45, IV, 102 Lyon 1849; 49, II, 55, Caën; 56, II, 80 Toulon 1855; 68, I, 282 (1864); 66, I, 439; 66, II, 223 Lyon; dagegen nur Dalloz 46, II, 43 (Orléans); 64, II, 146 Grenoble (zwei Urtheile); 71, II, 56. — In Betreff der Klausel, welche Reklamationen einschränkt, ist die österr. und deutsche Praxis zusammengestellt von Hanausek S. 71, Note 26 a; dazu Dalloz 65, III, 64 trib. comm. Gand; die Behandlung der Embalagenklausel in der Praxis ist zu ersehen aus Hanausek S. 72 ff.

⁷⁾ Goldschmidt I, 302 A. G. Köln 1857; XXIII, 533 A. G. Köln 1870; Busch I, 239 H. G. Köln 1870.

⁸⁾ Seuffert XXV, 55 Dresden 1866 = Busch XVIII, 422; Seuffert XXV, 59 R. O. H. G. 1870; R. O. H. G. I, S. 88; Goldschmidt XVII, 245 O. G. Wolfenbüttel 1869; Busch IX, 365 Nürnberg 1865.

⁹⁾ Sächs. XXXVII, 534 R. O. H. G. 1871.

¹⁰⁾ Vor Errichtung des R. O. H. G.: Busch XIII, 290 A. G. Eisenach 1866; XXII, 494 Nürnberg 1868; Gruchot XIV, 858 Hamm 1868; spätere Urtheile: R. O. H. G. I, 272 (1870) = Seuffert XXV, 25 R. O. H. G. VI, 167 (1872) =

einer verbreiteten Auffassung ganz allgemein verbindlich sein, falls sie nicht beanstandet wird. Wird die Waare dem Käufer von einer anderen Firma geschickt, als die, bei der er sie bestellt oder gekauft hat, so hat er durch Annahme der Faktura den Absender als Verkäufer anerkannt (oder angenommen),¹¹⁾ und eine Hamburger Entscheidung geht sogar davon aus, dass die Waare nur demjenigen, den die Faktura als Verkäufer nennt, oder gar ihm und demjenigen, bei dem die Waare bestellt wurde, zur Disposition gestellt werden müsse.¹²⁾ Steht in der Faktura, dass die Waare, „auf seine Ordre“ gesendet werde, so hat der Empfänger diesen Umstand durch Annahme der Faktura zugestanden, obwohl er in That und Wahrheit nie eine Ordre gegeben hat.¹³⁾

Insofern die Faktura blos den Zweck hat, den Inhalt des Kaufvertrages, welcher der Waarensendung zu Grunde liegt, zu beurkunden, wurde sie daher in sehr weitem Umfange von verschiedenen Gerichten für verbindlich erklärt. Aber die Faktura enthält auch Angaben über die Erfüllung des Vertrages, über Qualität und Quantität der übersandten Waare. Es fehlt nun nicht an Versuchen, die Faktura für auch in dieser Beziehung maassgebend zu erklären. Zahlreiche Gerichte Deutschlands haben behauptet, der Käufer habe die Verpflichtung, die Faktura zu prüfen und festzustellen, ob deren Angaben richtig sind, ob die Waare thatsächlich in der fakturirten Menge und der fakturirten Qualität übersendet wurde¹⁴⁾, da sonst der Inhalt der Faktura als genehmigt gelte. Nur dann soll der Inhalt der Faktura bedeutungslos sein, wenn er der ausdrücklichen Vertragsbestimmung widerspricht. Dies nehmen die deutschen¹⁵⁾ und

Seuffert XXX, 53; Busch XXXVII, 373 A.S. Mannheim 1877; XXXIX, 211 A.G. Zwickau 1878; Goldschmidt XXIII, 538 H.G. Hamburg 1876. Schw. XXVI, 217 St. Gallen versagt auch dieser Klausel die Wirksamkeit.

¹¹⁾ Sächs. XLII, 236 R.O.H.G. 1875.

¹²⁾ Goldschmidt XXIV, 303 H.G. Hamburg 1876.

¹³⁾ Busch XXXIX, 210 A.G. Zwickau 1877.

¹⁴⁾ Goldschmidt XXIII, 531 Nürnberg 1868; Busch III, 377 Commerz u. Admiraltätskolleg Königsberg 1864, VII, 260 O.T. Berlin 1865; IX, 204 A.G. Marienwerder (Jahr?) (Vergl. über diese Entscheidung oben S. 217 ff.); XL, 216 H.A.G. München 1875; Sächs. XXXI, 354 (1867); dagegen Busch II, 116 Kgl. Gerichtshof Ulm 1863; IV, 452 Stadtger. Frankfurt a. M. 1864; XXVII, 16 Lübeck 1875.

¹⁵⁾ Seuffert XXII, 247 Nürnberg 1865 = Busch VII, 387 = Bayr. Zeitschrift XII, 60; Busch XXII, 33 Mannheim 1870.

französischen¹⁶⁾ Gerichte wohl ausnahmslos an, nur der österr. Oberste Gerichtshof bildet in dieser Beziehung eine Ausnahme.¹⁷⁾

In Deutschland hat jedoch das Reichsoberhandelsgericht, nachdem es, wie sich aus den oben angeführten Entscheidungen ergibt, eine kurze Zeit geschwankt hatte, mit dieser Praxis entschieden gebrochen. In einer ganzen Reihe von sehr bemerkenswerthen Entscheidungen, hat es überall, wo der Inhalt der Faktura, als solcher, nicht als Bestandtheil des Vertrages¹⁸⁾ in Betracht kam, die erhöhte Wirkung abgesprochen.¹⁹⁾ Nur die Emballageklausel hat es als wirksam anerkannt.²⁰⁾ An der vom Reichsoberhandelsgericht festgestellten Praxis hat auch das Reichsgericht festgehalten,²¹⁾ sie kann daher auch als die nunmehr in Deutschland herrschende angesehen werden, so dass sich hier die spezifische Fakturenpraxis auf die Berücksichtigung der Emballageklausel beschränkt.²²⁾

Was nun die Begründung dieser Praxis anbelangt, so muss man zwischen Frankreich und den übrigen Ländern des Code de commerce einerseits und den Ländern des allg. deutschen Handelsgesetzbuchs andererseits unterscheiden. Für das französische Recht enthält nämlich der Code de commerce die Bestimmung: Käufe würden (unter andern) bewiesen par une facture acceptée. (Art. 109 C. comm.) In Theorie und Praxis versteht man nur unter einer akzeptirten allerdings nicht eine bloß entgegengenommene, sondern eine genehmigte Faktura, will aber auf die Genehmigung schon aus der blossen anstandslosen Annahme derselben schliessen.²³⁾ Die Berechtigung dieser Interpretation mag ununtersucht bleiben. Gewiss ist es, dass hier schon das Gesetz der Faktura eine bevorzugte Stellung unter andern kaufmännischen Korrespondenzen anweist und dass die Rechtsprechung,

¹⁶⁾ Dalloz 59, II, 75 Lyon; 67, II, 89 Aix; 71, II, 56 Grenoble.

¹⁷⁾ G.U. XXII, 10191, 1884.

¹⁸⁾ Wie in den Fällen, die den Entscheidungen R.O.H.G. III, 114 (1871); XVII, 273 (1875) zu Grunde liegen.

¹⁹⁾ R.O.H.G. I, 86 (1870); V, 34 (1872); XXII, 144 (1877).

²⁰⁾ R.O.H.G. I, 127 (1870) = Seuffert XXV, 25; R.O.H.G. VI, 167 (1877) = Seuffert XXX, 53.

²¹⁾ R.G. V, 394, 1881 u. das von Hanausek S. 57, Note 5 zitierte Urtheil

²²⁾ Busch XXXVII, 373 A.S. Mannheim 1877; XXXIX, 211 A.G. Zwickau 1877; Goldschmidt XVI, 538 H.G. Hamburg; auch dieser Klausel wird die Wirksamkeit abgesprochen: Schw. XXVI, 217 St. Gallen.

²³⁾ Lyon-Caën et Renault Précis I, 330 Delamarre et Lepoitvin Cours I, 262 und die in Note 6 zitierten französischen Urtheile.

die sich auf eine solche gesetzliche Bestimmung gründet, immerhin anders beurtheilt werden muss, als eine solche, die für sich überhaupt keine gesetzliche Bestimmung anzuführen weiss.

Eine solche gesetzliche Grundlage fehlt der Fakturenpraxis in Deutschland und Oesterreich: eigenthümlicherweise stimmt aber die ältere deutsche und die österreichische Rechtsprechung trotzdem im Tenor der Entscheidungen ganz mit der französischen überein. Da sie auch in der Begründung vielfach an die letztere anklingt, so kann man an ihren französischen Ursprung kaum zweifeln. Diese Annahme wird auch dadurch unterstützt, dass es in Deutschland, — wie sich aus den obigen Zitaten ergibt, — im wesentlichen Gerichte bedeutender Handelsstädte und Gerichte in den Gebieten des französischen Rechts waren, die zuerst dieser Praxis folgten.

Die Rechtsprechung gründet sich nun in Frankreich ebenso wie anderwärts vorzüglich auf die Annahme einer stillschweigenden Zustimmung. Sie betrachtet die in der Faktura enthaltenen Angaben über Zahlung, Reklamationsfrist etc., theils als Beurkundungen des Kaufvertrages, theils als Anträge auf Abänderung des Kaufvertrages, die der Empfänger „stillschweigend“ genehmige, indem er die Faktura anstandslos annimmt. Wenn man schon nach dem bisher an verschiedenen Stellen dieser Schrift Ausgeführten Grund genug hätte an der Bedeutung dieser Begründung zu zweifeln, so kann man nicht sagen, dass hier die begleitenden Umstände dazu angethan sind, die Zurückführung der Entscheidung auf den Willen gerechtfertigter erscheinen zu lassen als sonst, wo nicht gerade eine ausdrückliche Willenserklärung vorlag. Warum soll ohne Weiteres, ohne jede Untersuchung und Unterscheidung angenommen werden, dass derjenige, der eine gekaufte oder bestellte Waare mit einem Schriftstücke begleitet erhält, das über die Waarensendung und über den Inhalt des der Sendung zu Grunde liegenden Vertrages unwahre und zwar in der Regel bewusst unwahre Angaben enthält, nothwendig den Willen haben müsse, diese Angaben zu genehmigen? Und wenn man sich auf den Standpunkt der Erklärungstheorie stellt, was berechtigt den Versender der Faktura zur Annahme einer solchen Zustimmung? Namentlich wenn man erwägt, dass diese Fakturenbeisätze mit seltenen Ausnahmen nur den Zweck verfolgen, den Vertrag zum Nachtheile des Empfängers zu modifiziren, ihn für diesen lästiger zu machen. Die Bekämpfung der Annahme einer solchen stillschweigenden Zustimmung bildet hauptsächlich den Inhalt der

Hanausek'schen Schrift und ich darf wohl mit Hinweis auf dieselbe mir jede weitere Widerlegung der entgegengesetzten Ansicht ersparen.²⁴⁾

Lässt sich aber die Rechtsprechung auf einen Willensakt des Empfängers der Faktura nicht gründen, so kann die Grundlage derselben nur in einem Rechtssatze gesucht werden: denn eine andere Grundlage als Privatautonomie oder objektives Recht ist nicht denkbar. Ich stehe daher nicht an, im Gegensatz zu der von Hanausek²⁵⁾ und auch von mir selbst²⁶⁾ früher geäußerten Ansicht mit Gareis²⁷⁾ zu behaupten, dass die konstante Rechtsprechung der französischen und österreichischen Gerichte nur auf eine moderne gewohnheitsrechtliche Bildung zurückgeführt werden kann. Das Gewohnheitsrecht hält der strengsten Prüfung gegenüber Stand, es dürfte kein einziges der in den Lehrbüchern aufgestellten Merkmale fehlen: langjährige Uebung, die Ueberzeugung von der rechtlichen Nothwendigkeit, die öftere Wiederholung, Gleichartigkeit, — und es beruht auch „mit dem Maasse der Erkenntniss des Uebenden selbst gemessen“²⁸⁾ nicht auf einen Irrthum: es unterliegt wohl keinem Zweifel, dass weder den französischen noch auch den österreichischen Gerichten die Gründe entgangen sind, die gegen die Annahme einer stillschweigenden Genehmigung des Inhalts der Faktura sprechen; wenn sie aber trotzdem an ihrer Praxis festhalten, so geschieht dies gewiss nicht aus Mangel an juristischer Erkenntniss. Diese durch das Gewohnheitsrecht festgestellte Norm geht nun dahin, dass der Inhalt der Faktura, welche gekaufte Waare einbegleitet, als genehmigt gilt, insofern sich der Empfänger der Faktura und der Waarensendung nicht rechtzeitig gegen denselben verwahrt. Die Rechtsprechung nimmt also eine der in Art. 347 H.G.B. normirten ähnelnde Pflicht zur Prüfung und Beanstandung der Faktura unter dem Präjudiz der Genehmigung an. Von einer solchen Pflicht sprechen denn auch in der That die Entscheidungsgründe der meisten gerichtlichen Erkenntnisse.

²⁴⁾ Für die stillschweigende Annahme ausser den französischen Schriftstellern nur Gareis, Das Stellen zur Disposition S. 44, der aber seine Ansicht später stillschweigend, aber zweifellos widerrufen hat: Endemann's Handb. II, S. 690, Note 75, S. 710, Note 55.

²⁵⁾ Hanausek a. a. O. S. 33 ff.

²⁶⁾ Meine Artikel in Jur. Bl. XVI, S. 391.

²⁷⁾ Gareis in Endemann's Handb. II, S. 683, Note 53 in Betracht der Quantitätsmängel; ebenso Keyssner, Artikel: Faktura in Holtzendorff's Rechtslexikon.

²⁸⁾ Windscheid I, § 16, Note 23.

Ein Rechtssatz ist als solcher verbindlich und unterliegt höchstens noch einer Prüfung auf seine Billigkeit und Zulässigkeit. Zu einer solchen ist hier allerdings nicht der Ort. Immerhin mag ganz kurz bemerkt werden, dass die Faktuurenpraxis vor einer solchen unmöglich würde bestehen können. Der Versender der Faktura hat nicht das geringste Interesse daran sofort zu erfahren ob der Empfänger die Vermerke in Betreff des Zahlungsortes, der Reklamationsfrist etc. genehmige oder nicht, denn die Giltigkeit des der Faktura zu Grunde liegenden Kaufvertrages, die Wirksamkeit der Leistung hängt ja davon gar nicht ab, wie dem Empfänger die Faktuurenklauseln gefallen. Dagegen bedeutet die Einführung der Moniturrpflichtung in Betreff der Faktura nicht etwa blos eine, nicht einmal durch ein loyales Interesse des Ausstellers gebotene, Belästigung des Empfängers, sondern sie hat häufig eine höchst ungerechte Behandlung desselben zur Folge, beraubt ihn seines Gerichtsstandes, die Reklamationsklausel bringt ihn um das Recht, später entdeckte Mängel geltend zu machen etc. Man kann wohl sagen, die Faktuurenpraxis enthalte eine ganz beispiellose Bevorzugung des Verkäufers auf Kosten des Käufers oder was hier auf dasselbe herauskommt: der Fabrikanten und Grosshändler, die allein in grösserem Umfange Faktuuren ausstellen auf Kosten des Detaillisten und des konsumirenden Publikums, die selten oder nie Faktuuren ausstellen: sie gestattet ihnen ganz einseitig, den ihnen unbequemen Gerichtsstand des Wohnsitzes des Käufers durch das *forum contractus* zu ersetzen, die Reklamationsfrist abzukürzen, wohl auch manchen Schwindel und Betrug zu verüben, in der Hoffnung, der Käufer werde die Mängel der Waare nicht binnen der ihm gesetzten Reklamationsfrist entdecken, nicht im Stande sein, an dem in der Faktura bestimmten Zahlungsorte Prozess zu führen. Die Praxis erklärt sich auch wohl in erster Linie durch den Einfluss den die Grosshändler und Fabrikanten auf die Rechtsprechung ausüben, an der sie als Beisitzer aus dem Handelsstande und als Sachverständige theilnehmen. — Nur in Betreff der Emballageklausel muss zugegeben werden, dass es der Billigkeit entspricht, dem Verkäufer zu gestatten, dem Käufer eine nicht unbillig bemessene Frist zu setzen, bis zu welcher er die Emballage zurücksenden darf, und nach deren fruchtlosem Ablauf er den werthentsprechenden Preis bezahlen muss.

Die Beseitigung der Faktuurenpraxis in Deutschland, — bis auf die sich auf die Emballageklausel beziehende — darf daher dem Reichsoberhandelsgericht als grosses Verdienst angerechnet werden. Ich be-

schränke mich auf die Anführung einer Bemerkung die in der Heimath der Fakturenpraxis geschrieben wurde: le cas d'une protestation formelle est assez rare, et cependant il est assez rigoureux de tenir pour une renonciation réfléchie à un avantage assez sérieux, que celui de ne pas être tenu à plaider qu'au lieu de son domicile, le fait tout-à-fait secondaire de réception sans réclamation d'une facture qui n'est ordinairement destinée qu'à donner un détail des marchandises livrées est de prix de chacun d'eux.²⁹⁾

Zusammenfassung der Ergebnisse.

Die bisherigen Erörterungen haben zu dem Ergebnisse geführt, dass, wo immer noch von einer stillschweigenden Willenserklärung die Rede war, hinter diesem Ausdrucke sich stets die Subsumtion eines Thatbestandes unter einem Begriff versteckte, der auf diesen Thatbestand gar nicht passte.¹⁾ Die stillschweigende Willenserklärung war der Reihe nach: der Sinn einer Willenserklärung, der durch eine weit ausholende Interpretation ermittelt wurde, der erst aus den begleitenden Umständen oder den Usancen entnommen wurde, die Erklärung des Willens in anderer Weise als durch Worte, namentlich durch Handlungen, die in erster Linie darauf gerichtet waren, den Willen in Vollzug zu setzen, endlich die Aneignung einer angebotenen Leistung. Ferner wird mit diesem Ausdrucke charakterisirt die Verbindlichkeit des Versprechens als Verpflichtungsgrund, und in mehreren Fällen die Verwirkung eines Rechts in Folge der Verjährung, Verschweigung oder des Ablaufs einer Präklusivfrist,

²⁹⁾ Note zu Dalloz 49, II, 55. Ebenso R.O.H.G. XXII, S. 146 (1871).

¹⁾ Es ist wahrscheinlich, dass die Darstellung nicht einmal als Exemplifikation auf unbedingte Vollständigkeit Anspruch erheben kann. Ich hebe beispielsweise hervor, dass folgende „stillschweigende Willenserklärung“ in keine der erörterten Kategorien passt: der Pächter, „der hereditate iacente erntet, wird dadurch nicht sofort Eigenthümer, sondern erst durch die Genehmigung der Erben, die aber natürlich auch stillschweigend erfolgen kann und einfach darin besteht, dass er es wissentlich bei der Ernte durch den Verpächter bewenden lässt.“ Glück-Czyhlarz I, S. 462. Hier handelt es sich wohl nur darum, die unerträglichen Konsequenzen zu vermeiden, zu denen eine unmögliche Konstruktion des römischen Rechts: des Fruchterwerbes des Pächters als Erwerb durch Tradition, führen muss.

die gewohnheitsrechtliche Wirksamkeit einseitig beigefügter Fakturenklauseln.

Die „stillschweigende Willenserklärung“ als Abart der ausdrücklichen Willenserklärung, die sich von dieser dadurch unterscheidet, dass sie in solchen Handlungen besteht, die nicht zu dem Zwecke vorgenommen wurden, um als Ausdruck des Geschäftswillens zu dienen, ist uns nirgends begegnet, und man darf vielleicht, so schwierig auch der Beweis einer Negative sein mag, auf Grund dieses hier gesammelten Materials die Behauptung wagen: eine solche stillschweigende Willenserklärung existirt nicht. Vielmehr liegt bei einer ganzen Reihe von Thatbeständen, die man als Willenserklärungen oder als Verträge auffasst, theils überhaupt keine Willenserklärung, theils ein nicht durch Willenserklärung, sondern durch Aneignung zustande gekommener Vertrag vor. Die nach Ausschluss dieser Thatbestände verbleibenden, unter den hergebrachten Begriff der Willenserklärung fallenden Thatbestände bestehen dagegen ausschliesslich in Handlungen, die zu dem Zwecke vorgenommen werden, um den Geschäftswillen kund zu thun, allerdings vom Standpunkte der Erklärungstheorie aus genommen: das heisst, sie bestehen nicht nothwendig in Handlungen, die von diesem Willen thatsächlich geleitet wurden, wohl aber in Handlungen, die in dem andern Theile „den Geisteseffekt“ hervorbrachten, es liege ihnen der Geschäftswille zu Grunde.

Dieses Ergebniss ist daher zunächst ein negatives. Man wird mir vielleicht gestatten zu bemerken, dass der Weg zu diesem negativen Ergebnisse durch mehrere positive geführt hat. Ich erlaube mir die letztern in Nachfolgendem zusammenzustellen:

1. a) Die Vertragsofferte oder Vertragsannahme muss dem Mitkontrahenten gegenüber, also entweder in seiner Gegenwart oder so geschehen, dass sie dem Mitkontrahenten zur Kenntniss kommt,²⁾

b) Als rechtswirksame Erklärung gelten stets nur solche Handlungen des Erklärenden, welche zu dem Zwecke vorgenommen werden, um als Ausdruck ihres Geschäftswillens zu dienen. Solche Handlungen sind:

²⁾ Vergl. Regelsberger, Zivilrechtliche Erörterungen Heft I, S. 39. Dies gegen Schlossmann, Vertrag. — Es muss noch betont werden, dass erbrechtliche Erklärungen ausserhalb des Rahmens dieser Arbeit fallen. Sie haben zahlreiche Eigenthümlichkeiten. Vergl. beispielsweise Pfaff-Hofmann, Kommentar Bd. II, S. 655 ff. Die Bestimmungen des § 724 österr. B.G.B. beruhen ausschliesslich auf erbrechtlichen Grundsätzen. Nicht so § 721 B.G.B.

- α) Aussprechen von Worten,
- β) mimische und symbolische Handlungen (Nicken mit dem Kopfe, Rückgabe oder Durchstreichen eines Schuldscheins),
- γ) unter Umständen das ganze Gehaben und Benehmen der Partei,

δ) Vollzugshandlungen, das heisst Handlungen, die in erster Linie dazu bestimmt sind, den Geschäftswillen in's Werk zu setzen.

2. Eine Offerte kann angenommen werden

a) dadurch, dass der Oblat die Annahme dem andern Theile gegenüber erklärt,

b) dadurch, dass der Oblat eine Handlung vornimmt, die ihm nach Inhalt der Offerte unter der Voraussetzung der Annahme derselben obliegen soll (Realannahme durch Vollzugshandlungen),

c) dadurch, dass der Oblat sich die ihm real angebotene Leistung real aneignet (Realannahme durch Aneignungshandlungen).

d) im Handelsverkehre, im Loos- und Versicherungsgeschäfte durch blosses Stillschweigen auf ein Anerbieten, wenn dieses schon die Aneignung des angebotenen Vortheils mit sich bringt und wenn eine Verpflichtung zur Aeusserung vorlag.

3. Einseitig belastende Versprechen (Verbürgung, Verpfändung, Konstitut etc.) verpflichten den Versprechenden auch ohne Annahme des Promissars.

4. Es besteht eine Tendenz, die in gesetzgebungspolitischen Erwägungen begründet ist und theilweise in den modernen Gesetzbüchern Ausdruck gefunden hatte, in folgenden Fällen Verwirkung eines Rechts anzunehmen:

a) die Verwirkung des Eigenthums oder wenigstens gewisser Vortheile des Eigenthums, sowie der Dienstbarkeiten dadurch, dass der Eigenthümer bzw. der Bevollmächtigte stillschweigend die Ausführung einer ihr Recht einschränkenden Veranstaltung duldet,

b) die Verwirkung des Forderungsrechts bzw. des Rechts, einen Vertrag anzufechten durch lange andauernde Nichtgeltendmachung desselben, selbst vor Ablauf der im positiven Rechte normirten Verjährungsfrist, wenn dieselbe sich als zu lang erweist,

c) wenn die Verbindlichkeit oder Giltigkeit eines Vertrages von der Genehmigung oder nachträglichen Billigung des Kontrahenten oder von der Zustimmung eines Dritten abhängt, so muss dieselbe nach Ablauf der hiezu vereinbarten oder einer angemessenen Frist ertheilt werden, oder auf eine Aufforderung des Mitkontrahenten so-

fort erfolgen, im entgegengesetzten Falle gilt sie als ertheilt bezw. ist sie nicht mehr verbindlich,

d) die Kontokorrentauszüge gelten für genehmigt, wenn sie nicht innerhalb einer angemessenen Frist beanstandet werden.

5. Die österreichische und französische Rechtsprechung hat ein Gewohnheitsrecht anerkannt, wonach der in eine vom Verkäufer dem Käufer zugehende Faktura aufgenommene Vermerk, falls er vom Käufer nicht beanstandet wird, für beide Theile verbindlich ist.

Was verbindet nun diese offenbar sehr verschiedenen Thatbestände miteinander? In Wirklichkeit nur ein ganz äusserliches Moment: da heute die vorgefasste Meinung herrscht, dass eine jede Rechtswirkung nur entweder durch eine gesetzliche Vorschrift oder durch eine Willenserklärung begründet werden kann, so sucht man jede Entscheidung, für die sich im Gesetze keine Begründung finden lässt, auf eine Willenserklärung zurückzuführen; wenn sich keine ausdrückliche finden lässt, auf eine „stillschweigende“. „Wo ein Vorurtheil leitet, ist vom Auslegen zum Unterlegen nur ein Schritt.“³⁾ So kommt es, dass als stillschweigende Willenserklärung neben offenbar rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen Thatbestände konstruirt wurden, bei denen der Rechtserfolg durch eine Willenserklärung in landläufigem Sinne gar nicht veranlasst war, ja sogar Thatbestände, bei denen weder von einem Willen, noch von einer Erklärung die Rede sein konnte. Sprechen doch auch die Quellen von einer *tacita obligatio*, obwohl es sich um eine offenbar nicht durch Vertrag begründete Klage handelt.⁴⁾

Ein derartiges Verfahren ist aber nur möglich infolge einiger offener Begriffsverwechslungen. Zum Thatbestande einer Willenserklärung gehört, wie Niemand bestreitet, der Wille und die Erklärung, d. h. der rechtsgeschäftliche Wille und Handlungen, die zu dem Zwecke vorgenommen werden, um als Ausdruck des rechtsgeschäftlichen Willens zu dienen. Nun ist es klar, dass wir zwar die Erklärung direkt mit unserem Sinne perzipiren, nicht aber den Willen, dass wir auf diesen vielmehr nur aus der Erklärung und den Umständen schliessen, unter welchen sie erfolgt und dass der

³⁾ Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund S. 14.

⁴⁾ Fr. 13, § 2 comm. 13. 6. Der ganze Zusammenhang, namentlich die Parallelisirung mit der *commodati actio* zeigt, dass der Jurist annahm, es liege eine Kontraktsklage vor.

Schluss aus der Erklärung auf den korrespondirenden rechtsgeschäftlichen Willen stets ein indirekter, künstlicher ist, der auch nicht selten trügt. Gilt das schon von der Willenserklärung durch Worte, so gilt es noch mehr dort, wo der Wille nicht durch Worte, sondern durch sonstige Zeichen, mimische und symbolische Handlungen, ja nur durch das Verhalten, die stillschweigende Assistenz, erklärt worden ist. Da nun jede Erklärung des Willens als Indiz des rechtsgeschäftlichen Willens in Betracht kommt, so folgerte man daraus, dass jedes Indiz des rechtsgeschäftlichen Willens dieselbe Bedeutung hat wie die Willenserklärung, stellte daher die Lehre auf: der Wille könne auch aus Indizien entnommen werden und führte die Rechtswirkungen auf einen in dieser Weise erschlossenen Willen zurück.⁵⁾

Der Trugschluss liegt auf der Hand. Daraus, dass bei jeder rechtswirksamen Willenserklärung die Erklärung ein Indiz des innern Willens ist, kann man nicht schliessen, dass jedes Indiz des innern Willens dieselbe Wirkung nach sich ziehe, wie die Erklärung. Wer auf einen Menschen zielt, feuert und ihn erschießt, hat dadurch zweifellos den Willen an den Tag gelegt, ihn zu erschiessen, aber daraus folgt doch noch nicht, dass dieser Wille, in jeder andern Weise an den Tag gelegt, dieselbe Wirkung gehabt hätte; und so hat sich denn auch gezeigt, dass in allen jenen Fällen, wo es an einer dem andern Theile gegenüber und zu dem Zwecke, um als Willenserklärung zu dienen, vorgenommenen Handlung fehlte, die Handlung oder das Stillschweigen nicht als Indizien des innern Willens in Betracht kommen, sondern die rechtliche Wirkung durch etwas ganz andres, durch die Aneignung, durch die Wirkung des Versprechens als Verpflichtungsgrund, des Ablaufs der Zeit, des einseitig eingesetzten Fakturenvermerkes etc. veranlasst wurde.

Die Auffassung, die Handlungen hätten als Indizien des innern Willens dieselbe Wirkung wie Willenserklärungen ist daher unrichtig; es mag jedoch gleichzeitig hervorgehoben werden, dass sie offenbar immer auf Grund einer rein äusserlichen Anlehnung an gewisse Formen der ausdrücklichen Willenserklärung erfolgte: wenn die Aneignung als Willenserklärung behandelt wurde, so geschah dies zweifellos in erster Linie mit Rücksicht auf die Verwandtschaft mit der Willenserklärung durch Leistung und Annahme der Leistung dessen, was den Gegenstand des Vertrages bilden sollte. Die Fälle,

⁵⁾ Vergl. Hartmann in Jhering's Jahrb. XX, S. 44.

in denen das Stillschweigen des Oblaten als Zustimmung aufgefasst wurde, ähneln wieder jenen, in denen eine Erklärung aus dem ganzen Verhalten einer Person entnommen worden ist, die bei dem Abschlusse eines Geschäfts (stillschweigend) anwesend war.

Durch den Nachweis, dass die stillschweigende Willenserklärung nichts ist als ein Irrthum, wird man ihr jedoch nicht gerecht. Ein Irrthum in den seit zwei Jahrtausenden die scharfsinnigsten Juristen aller Völker und Nationen verfallen, beruht nicht auf einem Denkfehler, sondern auf einem Bedürfniss. In That und Wahrheit war die stillschweigende Willenserklärung seit jeher nichts als eines der Mittel, das geltende Recht mit den Bedürfnissen der Rechtsentwicklung in Einklang zu bringen. Schon die Römer haben sie dazu benützt um freiere Interpretationsgrundsätze der Willenserklärungen und die Wirksamkeit der Verlängerung des Mieths- und Pachtvertrages zu rechtfertigen und wie zahlreiche die neuen Gewohnheitsrechtssätze waren, die in neuer und neuester Zeit auf diesem Wege in's Recht eingedrungen sind, dürfte sich aus der vorliegenden Schrift zur Genüge ergeben haben.

In meiner Arbeit über „Lücken im Recht“^{5a)} habe ich auszuführen versucht, dass der Richter, der die Aufgabe hat nach dem geltenden positiven Rechte zu entscheiden, gewisse Unklarheiten der Theorie und des Rechtssystems dazu benützt um den Erfordernissen der Rechtsentwicklung Rechnung zu tragen, und wie gerade die verschwommensten Begriffe, mit denen die Theorie und Praxis operirt: die Natur der Sache, die bona fides, das Prinzip von Treu und Glauben, die Actio doli, die ungerechtfertigte Bereicherung, das contra bonos mores, sich dazu am Besten eignen. Ein solcher verschwommener Begriff, eine Lücke im Rechte, durch die neue und fruchtbare Gedanken in das geltende Recht eingedrungen sind, ist auch die stillschweigende Willenserklärung: sie ist aber kein Rechtsinstitut sondern ein ganzes System neuer, noch um ihre Existenz ringender Rechtsnormen, kein einheitliches Problem, sondern ein Konglomerat von Problemen. —

Es erübrigt noch die Bedeutung der Legaldefinitionen der stillschweigenden Willenserklärung einer kurzen Erörterung zu unterziehen. Vor allem muss darauf hingewiesen werden, dass die beiden Kodifikationen, die eine Legaldefinition der stillschweigenden Willenserklärung geben, das preussische Landrecht und das österr. bürger-

^{5a)} Juristische Blätter ex 1886, No. 38 ff.

liche Gesetzbuch, offenbar ausschliesslich die Erklärung durch mimische und symbolische Handlungen und die Vollzugshandlungen im Sinne haben.⁶⁾

Der Legalbegriff der stillschweigenden Willenserklärung kann nur in zwei Fällen von Bedeutung sein. Vor Allem für die Interpretation jener Gesetze, die eine ausdrückliche Willenserklärung als Formerforderniss aufstellen. In diesem Falle tritt nun die eigenthümliche Erscheinung hervor, dass Erklärungen, die sonst häufig als stillschweigende aufgefasst werden, dort, wo es auf die Frage ankommt, ob die Erklärung als eine ausdrückliche oder stillschweigende zu betrachten sei, als ausdrückliche bezeichnet werden. So wird vom O.A.G. Lübeck das Kopfnicken als ein ausdrückliches Zeichen der Bejahung angesehen^{6a)}, das Reichsoberhandelsgericht betont, dass der Vater, welcher den von seinem Sohne an eigene Ordre ausgestellten und weiter girirten Wechsel akzeptirt, ihn dadurch ausdrücklich zur Wechselziehung und zur Girirung ermächtigt, weil er ihn dadurch zur eigenmächtigen Disposition über den Wechsel autorisirt und in den Stand setzt.⁷⁾ Bestimmungen, nach denen nur eine ausdrückliche Willenserklärung die beabsichtigten Rechtsfolgen nach sich ziehen solle, kommen namentlich im preussischen Landrechte mehrmals vor. Nach den Entscheidungen des Berliner Obertribunals genügen jedoch alle Erklärungen der im ersten Abschnitte dieser Schrift erörterten Art den gesetzlichen Voraussetzungen. „Eine ausdrückliche Willenserklärung“, sagt eine Entscheidung in Bezug auf die Bestimmung des A.L.R. I. 163 § 381 über den Erlass, „ist nicht blos dann vorhanden, wenn die Absicht des Erklärenden in allen ihren Wirkungen und Folgen in bestimmten Worten ausgedrückt wird, sondern überhaupt in dem Falle, wenn aus dem Inhalte der Erklärung, aus den Worten oder andern deutlichen Zeichen der ernste und gewisse Wille deutlich erhellt.“⁸⁾ In derselben Weise fasst auch das Reichsgericht das Erforderniss der ausdrücklichen Uebernahme der Hypothekenschuld durch den Käufer des Gutes als Voraussetzung der Befreiung des Verkäufers von der Vertretung auf (P.L.R. § 184, I, 11)⁹⁾,

⁶⁾ §§ 58—61, I, 4 P.L.R. § 863 österr. B.G.B.

^{6a)} Kierulff II, 234 (1866).

⁷⁾ Seuffert XXV, 275 R.O.H.G. 1871.

⁸⁾ Striethorst XXX, 250 (1858); LXX, 106 (1886).

⁹⁾ R.G. XI, 311 (1884).

das R.O.H.G. das Erforderniss der ausdrücklichen Uebnahme der Bürgschaft¹⁰⁾ P.L.R. I, 14, § 202.

Ein anderes Erkenntniss des Reichsgerichts lautet: „Wenn der § 139 Th. I tit. 11 des A.L.R. auch nicht dahin zu verstehen ist, dass das Kontrahiren über eine fremde Sache mit expressen Worten erfolgt sein müsste, so kann von seiner Anwendbarkeit doch nur dann die Rede sein, wenn in dem Vertrage die Eigenschaft der den Gegenstand desselben bildenden Sache als einer fremden erkennbar zum Ausdrucke gelangt ist.“¹¹⁾

Das österr. bürgerl. Gesetzbuch bestimmt im § 901 B.G.B.: „Haben die Parteien den Beweggrund oder den Endzweck ihrer Einwilligung ausdrücklich zur Bedingung gemacht, so wird der Beweggrund oder der Endzweck wie eine andere Bedingung angesehen.“ Zu dieser Bestimmung hat die Praxis in keiner mir bekannt gewordenen Entscheidung recht eigentlich Stellung genommen. Um so interessanter ist die Art, wie sie von den Kommentatoren des allg. bürgerl. Gesetzbuchs aufgefasst wird. Zeiller, der Referent der Redaktionskommission, sagt hierüber: „Ob aber der Zweck zur Bedingung gemacht worden sei, kann nicht einzig aus dem Bindeworte und der hypothetischen Form, sondern auch daraus angenommen werden, dass der Zweck ausdrücklich erklärt und die Verbindlichkeit offenbar als Mittel auf diesen Zweck eingeschränkt worden ist, z. B. wenn jemand seinem künftigen Schwiegersohne ein Heirathsgut verspricht und die Ehe nicht zustande kommt, oder wenn ein Kaufmann Oel bestellt, damit seine Kunden zur Beleuchtung an einem bestimmten Tage versehen seien, und die Waare nicht zur gehörigen Zeit abgesendet wird.“¹²⁾ Dies paraphrasirt Winiwarter in folgender Weise: „Dies (nämlich die Bestimmung des § 901 B.G.B.) gilt nicht nur dann, wenn die Formel oder solche Ausdrücke gebraucht worden sind, welche sonst bei Bedingungen angewendet werden, sondern auch dann, wenn die Erklärungen überhaupt so geschehen, dass es offenbar wird, das zu erwerbende Recht solle nur von dem erklärten Beweggrunde oder der Erreichung des Zweckes abhängen.“ Hierauf folgen dieselben zwei Beispiele wie

¹⁰⁾ R.O.H.G. XX, 181 (1873); vergl. auch Striethorst XI, 101 (1873): Erforderniss der ausdrücklichen Aufhebung der Gesetze § 59, Einleitung zum P.L.R. Dernburg § 243.

¹¹⁾ Blum, Urtheile III, 297 (1885); Dernburg § 134.

¹²⁾ Zeiller, Kommentar Bd. IV, S. 85.

bei Zeiller.¹³⁾ Endlich sagt Stubenrauch: „Ob das Eine oder Andere geschehen sei, müsste in jedem einzelnen Falle aus dem Inhalte der getroffenen Verabredung beurtheilt werden, denn es ist nicht gerade nothwendig, dass man sich der sonst bei Verabredungen der Festsetzung der Bedingungen üblichen Ausdrücke bedient, wenn nur unzweifelhaft erhellt, dass der Vertrag bloß unter der Voraussetzung des wirklichen Eintritts oder Nichteintritts der bestimmten Thatsache abgeschlossen worden ist“.¹⁴⁾

Auch der Gerichtsstand des Vertrages kann nach § 43 österr. Jurisdiktionsnorm nur durch eine ausdrückliche Willenserklärung, an einem bestimmten Orte erfüllen zu wollen, begründet werden. Dennoch erachtete der Oberste Gerichtshof die Erklärung des Käufers eines Pferdes, er wolle das Geld sofort bringen, für genügend, um den Gerichtsstand des Vertrages bei dem Gerichte zu begründen, wo jener Ort lag, wohin der Käufer das Geld zu bringen versprach.¹⁵⁾ Andererseits genügten Vereinbarungen wie „zahlbar hier“, „zahlbar bei mir“ etc.¹⁶⁾

Obwohl die C. 8 de nov. et deleg. 8. 42. kaum eine andere Deutung zulässt, als die, dass eine Novation eine ausdrückliche Willenserklärung voraussetzt, so geht doch die ganz überwiegende Meinung in der Litteratur und Rechtsprechung dahin, dass zur Novation schon die deutlich erklärte Novationsabsicht genüge.¹⁷⁾ Die Gründe, durch welche sich diese Ansicht, trotzdem sie dem Willen des Gesetzgebers offenbar widerspricht, erhält, hat Arndts in seiner prägnanten Weise dargelegt: „Aber möchte z. B. wohl jemand zweifeln, dass der von der Frau delegirte dotis causa promittirende Schuldner novire, obwohl er dies nicht ausdrücklich ausspricht?“¹⁸⁾ Gewiss ist es jedoch, dass auch die Gegner der herrschenden Ansicht im Grunde genommen denselben Standpunkt vertreten. So sagt Salkowski: „eine bestimmte Form für die Willenserklärung ist aber niemals vorgeschrieben worden, am wenigstens der Gebrauch des Wortes novatio oder auch nur eine die novatorische Absicht der Kontrahenten

¹³⁾ Winiwarter, Kommentar Bd. IV, S. 59.

¹⁴⁾ Stubenrauch, Kommentar 4. Aufl. Bd. II, S. 241.

¹⁵⁾ G.U. XXII, 10008 (1884).

¹⁶⁾ G.U. XIX, 8290 (1881); A.C. VI, 952 (1881).

¹⁷⁾ Vergl. Windscheid § 354, Note 15.

¹⁸⁾ Arndts § 26, Note 5; vergl. Salpius, Novation und Delegation S. 270 ff.

ausdrückende Wendung in der *posterior cautio*.“¹⁹⁾ Man muss sich da fragen, wo denn die Grenze zwischen solcher ausdrücklichen und jener „stillschweigenden“ Erklärung ist, die nach Salkowski wirkungslos bleiben soll. So verhält es sich endlich auch mit einer andern sehr verbreiteten Ansicht, dass die Solidarität der Schuldner ausdrücklich vereinbart werden müsse. Für das römische Recht an sich unhaltbar,²⁰⁾ wird sie auch von der Rechtsprechung kaum ernst genommen. Das Reichsgericht sagt es mit dünnen Worten: Die *nov. 99 C. 1.* „sei nicht dahin auszulegen, dass eine Korrealverpflichtung ausschliesslich durch die Hinzufügung des Wortes ‚solidarisch‘ oder eines ähnlichen nach dem Sprachgebrauche gleichbedeutenden Ausdrucks zu Stande kommen könne.“²¹⁾ Aber auch die ausdrückliche Bestimmung des Code Napoleon und des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuchs, die sich übrigens auf den Gläubiger und den Schuldner beziehen²²⁾ wird von der Rechtsprechung in ganz derselben Weise gehandhabt.²³⁾

Man thut daher wohl am besten, wenn man auch in Bezug auf etwaige spezielle Vorschriften des positiven Rechts alle im ersten Abschnitte dieser Schrift besprochenen Fälle der Willenserklärung, so häufig sie auch der stillschweigenden Willenserklärung beigezählt worden sein mögen, als ausdrückliche Willenserklärungen behandelt. Es liegt gar kein Anlass vor, hier eine Unterscheidung anzustellen, ja, es ist gar nicht einmal möglich einen irgendwie praktisch brauchbaren Begriff der Willenserklärung aufzustellen. Hiermit wäre auch jene Vereinfachung des Sprachgebrauchs erreicht, die von Bekker²⁴⁾ mit Recht so sehr gewünscht wird.

Ferner könnte man noch darauf hinweisen, dass die „stillschweigende Willenserklärung“, wenn auch nicht in der Gesetzgebung,

¹⁹⁾ Salkowski, Zur Lehre von der Novation nach römischem Rechte S. 259; Danz, Forderungsüberweisung S. 85 ff., der im wesentlichen mit Salkowski übereinstimmt, sucht ebenfalls das Erforderniss ausdrücklicher Willenserklärung nach Möglichkeit abzuschwächen. Vergl. auch Gradenwitz, Interpolationen S. 218; ferner Seuffert XXX, 12 R.G. 1884.

²⁰⁾ Windscheid § 297, Note 2.

²¹⁾ Seuffert XLI, 23 R.G. 1886 = R.G. XV, S. 175 ff.

²²⁾ Art. 1197, 1202 C.N. § 891 und 892 österr. B.G.B.; hierüber aber Hasenöhr, Oesterr. Obl. I, S. 106.

²³⁾ Zachariae § 98, Note 7 und der Zitate dortselbst. Das preussische Landrecht enthält die entgegengesetzte Regel § 424, 425, 450, I, 5 Pr. L.R.

²⁴⁾ System II, S. 73.

so doch in der Rechtsprechung und Theorie nach einer Richtung hin von Bedeutung ist: für die Lehre von der *protestatio facto contraria*. Aber bei genauerer Betrachtung überzeugt man sich, dass von einer solchen nur dort die Rede sein kann, wo jemand eine Urkunde über das von ihm abgeschlossene Geschäft annahm und sich zugleich wider deren Inhalt verwahrte (vergl. oben S. 107 ff.)²⁵⁾ so wie dort wo Aneignungshandlungen vorliegen. Auch hier hat die Regel daher mit der „stillschweigenden Willenserklärung“ als solcher nichts zu thun.

Nachtrag zu S. 163.

Auch bei den wegen Formmangels ungiltigen Verträgen hat die res noch im modernen Rechte dieselbe Bedeutung wie in Rom. Vergl. Dernburg § 98; § 943 österr. B.G.B., das österr. Gesetz vom 25. Juli 1871, R.G.B. 76 und die in der französischen Literatur und Rechtssprechung ohne gesetzlichen Anhaltspunkt anerkannte Verbindlichkeit des formlosen Handgeschenks (*don manuel*).

²⁵⁾ Vergl. auch Schott in Endemann's Handb. III, S. 367.



Carl Heymanns Verlag, Berlin W.

Rechts- und Staatswissenschaftlicher Verlag.

Sachbesitz und Ersitzung.

Forschungen

im

Gebiete des römischen Sachenrechtes und Civilprozesses.

Ein Beitrag zur Geschichte jener beiden Institute

von

Dr. Franz Klein,

Professor an der Universität und an der Orientalischen Akademie in Wien,
Ministerial-Sekretär in der legislativen Sektion des Justizministeriums.

Preis M. 12, bei postfreier Zusendung M. 12,50.

Die geschichtliche Entwicklung

des

Thatsacheneides

in Deutschland.

Ein Beitrag zur Geschichte des deutschen Civilprozessrechtes und
zur Erläuterung des § 410 der deutschen Civilprozessordnung.

Von

Dr. Georg Kleinfeller,

Privatdozent an der Universität zu München.

Preis M. 6, bei postfreier Zusendung M. 6,30.

Das

Oesterreichische Lagerhausrecht.

Von

Dr. Karl Adler

in Wien.

Preis M. 4,50, bei postfreier Zusendung M. 4,70.

Gerichtliches Geständniss im Civilprozesse.

Von

Dr. Rudolf Pollak.

Preis M. 3,60, bei postfreier Zusendung M. 3,80.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W.

Rechts- und Staatswissenschaftlicher Verlag.

Compendien

des

österreichischen Rechtes.

- I. **Das Civilprozessrecht** unter besonderer Berücksichtigung der Rechtssprechung des obersten Gerichtshofes für das Universitäts-Studium systematisch dargestellt von Dr. R. Freiherr von Canstein, ord. Professor der Rechte an der k. k. Universität Graz. 1. Band. Zweite durchgearbeitete Auflage. Preis eleg. gebunden M. 8, bei postfreier Zusendung M. 8,30.
- II. **Das Strafprozessrecht** systematisch dargestellt von Dr. Julius Vargha, Professor der Rechte an der k. k. Universität Graz. Preis eleg. gebunden M. 8, bei postfreier Zusendung M. 8,30.
- III. **Das Civilprozessrecht** unter besonderer Berücksichtigung der Rechtssprechung des obersten Gerichtshofes für das Universitäts-Studium systematisch dargestellt von Dr. R. Freiherr von Canstein, ord. Professor der Rechte an der k. k. Universität Graz. II. Band. Zweite durchgearb. Aufl. (Erscheint demnächst.)
- IV. **Das Familienrecht** systematisch dargestellt von Dr. Josef Freiherr von Anders, Professor der Rechte an der k. k. Universität Graz. Preis eleg. gebunden M. 7, bei postfreier Zusendung M. 7,30.
- V. **Einleitung in das Staatsrecht** von Dr. Ludwig Gumplowicz, Professor der Rechte an der k. k. Universität Graz. Preis eleg. gebunden M. 5, bei postfreier Zusendung M. 5,20.
- VI. **Das Wechselrecht Oesterreichs** und die Abweichungen der Wechselrechte Deutschlands, Ungarns, der Schweiz, Italiens, Frankreichs und Englands systematisch dargestellt von Dr. R. Freiherr von Canstein, ord. Professor der Rechte an der k. k. Universität in Graz. Preis eleg. gebunden M. 5, bei postfreier Zusendung M. 5,20.
- VII. **Das Sachenrecht.** Im Grundriss systematisch dargestellt von Dr. Julius Ofner, Hof- und Gerichtsadvokat in Wien. Preis eleg. gebunden M. 4, bei postfreier Zusendung M. 4,20.

Die Sammlung wird fortgesetzt.

10/12

R. Buchner
Buchbinderei
94098 Höhentann

Ehrlich, Eugen,

Die stillschweigende Willenserklärung

Berlin 1893

J.rom.m. 173 op

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11637492-6